

**COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS
FINANCIEROS**

GRADO EN DERECHO

Trabajo de Fin de Grado



**LA LOCALIZACIÓN DEL SOSPECHOSO
MEDIANTE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO Y
SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL.
PRUEBA ILÍCITA**

Autora: Mañas Marín, Cristina

Tutor: Zarzalejos Nieto, Jesús María

Madrid, mayo 2018

LA LOCALIZACIÓN DEL SOSPECHOSO MEDIANTE DISPOSITIVOS DE SEGUIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL. PRUEBA ILÍCITA

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
1. Objeto del Trabajo Fin de Grado. Los dispositivos tecnológicos de seguimiento.	5
2. Caso práctico planteado para la realización del dictamen	6
3. La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. ...	8
3.1 Concepto de “dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización” (artículo 588 quinquies b) LECrim).	8
3.2 Análisis de la jurisprudencia anterior a la reforma de 2015 de la LECRIM sobre esta cuestión. El derecho a la intimidad.	9
3.3 El nuevo artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2015.	12
3.4 Análisis detallado de la Sentencia de 23 de enero de 2012 del Tribunal Supremo de Estados Unidos [<i>United States v. Antoine Jones, 565 US</i>].	18
3.4.1 Hechos probados	18
3.4.2 Resolución del caso por la Corte Suprema.....	21
4. La intervención de un particular como cooperador de la investigación policial tecnológica.	23
4.1 Tipos de colaboración posibles en la fase de investigación. Aclaración de los supuestos de nulidad en caso de colaboración de un particular.	23
4.2 Análisis de las figuras afines a la colaboración. El arrepentido y el confidente ..	25

4.2.1. El Arrepentido.	25
4.2.2. El confidente.....	27
4.3 Delimitación del concepto en base a la Sentencia N° 408/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid - <i>Caso Guateque</i> -.....	28
4.3.1 Hechos probados	28
4.3.2 La eventual aplicación al caso de alguna de las figuras antes referidas.	32
5. La prueba ilícita y la conexión de antijuridicidad.....	33
5.1 Los principios de prueba ilícita y la conexión de antijuridicidad. Teoría del árbol envenenado.	33
6. Conclusiones.....	40
7. Resolución del caso práctico planteado	43
BIBLIOGRAFÍA	46
1. Legislación	46
2. Manuales.....	46
3. Jurisprudencia.....	47
4. Artículos jurídico-científicos.....	49
5. Páginas web y artículos on-line.....	51

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	-	Artículo
BTS	-	Base transceiver Station (Estación base de telefonía móvil)
CE	-	Constitución Española
CP	-	Código Penal
GPS	-	Global Positioning System
GSM	-	Global System for Mobile communications
LECrim	-	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	-	Ley Orgánica del Poder Judicial
LO	-	Ley Orgánica
RFID	-	Radio Frequency Identification
STS	-	Sentencia del Tribunal Supremo
SVA	-	Servicio de Vigilancia Aduanera
TS	-	Tribunal Supremo
TC	-	Tribunal Constitucional
TEDH	-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCO	-	Unidad Central Operativa de la Guardia civil
[t]	-	Traducción
ss.	-	Siguientes

1. Objeto del Trabajo Fin de Grado. Los dispositivos tecnológicos de seguimiento.

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el examen de distintos medios de investigación tecnológicos dada la creciente utilización de los mismos en el proceso penal y su reciente regulación específica por LO 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”.

El presente trabajo tiene por título “*La localización del sospechoso mediante dispositivos de seguimiento y su empleo en el proceso penal. Prueba ilícita*” y en él examinaremos de forma pormenorizada dos de las principales medidas de investigación tecnológicas generalmente utilizadas en delitos de terrorismo y cometidos al amparo de organizaciones criminales, con expresa referencia a la eventual irregularidad en su práctica, a las consecuencias de tales irregularidades en el procedimiento penal de que se trate y, por último, a su eventual utilización como prueba de cargo en el proceso.

Este trabajo ha sido elaborado adoptando la forma de dictamen jurídico en el que, en base al supuesto práctico planteado, valoraremos la ilicitud del empleo de estos tipos de medios de prueba con ocasión, principalmente, en el supuesto de que los agentes encargados de la investigación no cuenten con la debida autorización judicial para su aplicación con contravención de las normas procesales exigidas para su práctica, así como para introducirlas como prueba incriminatoria en el acto del juicio oral.

La elección de este tema es consecuencia del gran debate que ha originado la última reforma de la LECrim y en concreto, la modificación del artículo 588 quinquies b) que regula este tipo de medidas de investigación.

Es un tema de actualidad y controvertido en la medida en que la práctica de tales medidas de investigación depende del estado de la tecnología en el momento en que se aplique y la constante evolución de la misma.

Tales medidas presentan indudables ventajas en la investigación de los delitos antes referenciados, tales como la obtención de información relevante de naturaleza informática que solo por cauce de los medios de investigación tecnológicos podrían obtenerse (llamadas, geolocalización, mensajes informáticos, informaciones encriptadas, entre otros), aunque trae aparejada una indudable dificultad de acceso a las organizaciones criminales por parte de las autoridades. Por ello, los agentes investigadores recurren a este tipo de medidas que, sin embargo, presentan como contrapartida la afectación de los diferentes derechos fundamentales de los investigados que aparecen como límites a potenciales investigaciones indiscriminadas por parte de aquellos.

2. Caso práctico planteado para la realización del dictamen

Con carácter previo, debe advertirse que, para la resolución de la cuestión planteada, hemos partido de la información y documentación aportada por el Tutor de la asignatura y hemos examinado la legislación, la doctrina y la jurisprudencia más reciente.

El caso práctico se plantea de la siguiente manera:

La SVA (El Servicio de Vigilancia Aduanera), venía teniendo sospechas acerca de una trama de narcotráfico que posiblemente se está llevando en las playas de Vigo (Galicia), por un grupo de narcotraficantes, a los cuales tenía identificados y localizados, tras varias semanas de seguimientos, de forma secreta.

Este servicio contactó con uno de los tripulantes de un barco a motor procedente del puerto de Vigo del que se sospechaba que podría tener relación con la trama y que posiblemente en los próximos días se podría dirigir a alta mar con el objetivo de recoger un cargamento de droga. No se sabía exactamente la sustancia de la que se trataba.

Tras varias horas de conversación y entabladas las negociaciones entre ambas partes, el tripulante accedió a colaborar con el SVA en la investigación del delito, facilitando el acceso a información privilegiada, a cambio de no ser acusado por delitos anteriores de narcotráfico.

Unos agentes del Ministerio de Interior instalaron un dispositivo de seguimiento en la mochila del tripulante, quien embarcaría al día siguiente con destino a alta mar, con destino a la nave nodriza encargada de transportar el cargamento de droga desde Sudamérica.

Una vez producido el traslado de la droga, el SVA y la UCO de la Guardia Civil acordaron dejar que desembarcara el cargamento en tierra firme con el objetivo de hacer un seguimiento más amplio de la red de narcotráfico.

El tripulante colaborador participó en las tareas de carga de los fardos de droga en una furgoneta al que se subió también por orden de los jefes de la trama.

Gracias al dispositivo de seguimiento y localización instalado en la mochila del colaborador, la UCO pudo seguir en todo momento la ruta de la furgoneta que, tras abandonar Galicia, entró en una localidad zamorana, llegando finalmente hasta un chalé unifamiliar y adentrándose en el garaje de la misma.

En ese momento, la UCO solicitó la autorización judicial necesaria para poder entrar en la vivienda, la cual les fue concedida el 19 de febrero de 2018, a las 3:00 de la mañana.

Personada la comisión judicial, a las 05:30 horas del mismo día, la UCO finalmente entró en la vivienda, incautó la droga y detuvo a todos los sospechosos que pasaron a disposición judicial.

Para la resolución del supuesto planteado examinaremos las siguientes cuestiones:

1. Los efectos de la colaboración por parte del tripulante, junto con el SVA, en la investigación de un posible delito de narcotráfico sobre el que se tienen sospechas, a cambio de la no imputación por delitos anteriores.

Esta figura se analizará bajo el título: “la intervención de un particular como cooperador de la investigación policial tecnológica”.

2. Los efectos jurídicos de la autorización concedida por parte del colaborador a que el Ministerio de Interior le instale en una mochila un dispositivo de seguimiento y localización.

Figura jurídica analizada con el título de “utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización”.

3. La eventual ilicitud de la diligencia de investigación referida en el caso concreto.

3. La utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

3.1 Concepto de “dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización” (artículo 588 quinquies b) LECrim).

Esta medida propia de carácter meramente investigador consiste en la instalación de dispositivos de geolocalización bien sobre el sospechoso (mediante su colocación en prendas de ropa o elementos que porte el sujeto consigo), bien sobre otros objetos o artefactos utilizados por el mismo (por ejemplo, un vehículo o un teléfono). La misma se encuentra regulada de forma específica en el artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) bajo el título “*Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*” y cuyo texto fue introducido, de forma novedosa, por la LO 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”.

Los referidos medios de investigación persiguen un doble objetivo, por un lado, permite a las autoridades una localización desde una perspectiva meramente *temporal*, en la que la geolocalización del sospechoso permite tener localizado al sujeto que viene siendo objeto de investigación en el proceso, en tiempo exacto; y, de otro lado y desde una perspectiva *local*, que permite conocer dónde se hallaba el sospechoso en el momento de la comisión del delito, en cuanto a la situación geográfica (Marchena Gómez & Gonzalez-Cuellar, 2016, p. 361)

Los datos de geolocalización se pueden obtener partiendo de diferentes medios accesibles generalmente, para todo el público. Estas medidas quedan conceptuadas bajo el término de *balizas policiales*, entre las que cabe destacar: (i) la baliza de geolocalización o dispositivo GPS (sistema creado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos) que permite determinar la posición de un objeto con una precisión exacta, aunque cuenta con un cierto margen de error. (ii) El sistema de radiofrecuencia o también denominado RFID, que permite la identificación de objetos o personas que se encuentran a una cierta distancia sin necesidad de mantener un contacto con los mismos. Para ello es necesario poner sobre el sujeto un microchip que lleva incorporado una micro antena de radio y que permitirá el rastreo de la señal del dispositivo. (iii) La comunicación GSM (3G o 4G, aunque se está tratando de introducir la nueva red 5G) relativa a la localización del usuario en tiempo y lugar allá donde transporte sus enseres electrónicos. Estos dispositivos emplean los datos de posicionamiento BTS y las redes *wifi* a las que se conectan para realizar el registro de datos, lo que permite la obtención de información espaciotemporal sin necesidad de una aplicación o programa específico, tal y como ocurre en el caso de los *smartphones* o tabletas que acumulan información en sus bases de datos o memorias externas (nube/cloud) o internas.

Las referidas *balizas policiales*, previo examen y gestión de los datos por técnicos especialistas, permiten obtener datos relativos a circunstancias de notable importancia en la investigación criminal, tales como los movimientos del usuario en función de las franjas temporales por las que se haya desplazado o la determinación de tiempos aproximados de detención del sujeto en función de las redes *wifi* a las que se haya ido incorporando o incluso el tiempo que ha estado desconectado de la red, ejemplo claro es el del usuario que viaja en avión y pone “el modo avión” en sus dispositivos electrónicos, aunque esto no conlleva siempre una desconexión total del dispositivo (Rodríguez Lainz, 2014, pp. 2-14).

3.2 Análisis de la jurisprudencia anterior a la reforma de 2015 de la LECRIM sobre esta cuestión. El derecho a la intimidad.

Antes de la incorporación del nuevo artículo (artículo 588 quinquies b) LECrim), este medio de seguimiento no estaba regulado de forma específica y se venía definiendo por

la jurisprudencia del TS como una diligencia de investigación legítima desde la función constitucional, restrictiva de derechos fundamentales, a la que tenía acceso la policía judicial en casos de urgente necesidad y de la que podía hacer uso sin ningún tipo de restricción judicial, sin perjuicio de su obligación de dar traslado al juzgado que posteriormente conociese del caso, de las razones por las que se adoptó tal medida.

A tal efecto, el TS convalidó su utilización por vía jurisprudencial mediante la aplicación analógica de los preceptos relativos a la *“detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”* (art. 579 y ss LECrim).

A tal efecto, el TS, con ocasión de la resolución de un recurso de casación en el que se planteó la ilicitud del uso de datos obtenidos por el sistema GPS, señaló que *“que en el Derecho español no existe regulación específica al respecto [...] nos lleva inevitablemente a las reglas generales establecidas por el Tribunal Constitucional para la restricción por parte de los poderes públicos de cualesquiera derechos constitucionales; es decir: el respeto de los principios de previa habilitación normativa y superación de los juicios de proporcionalidad en sentido amplio, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”* (STS 610/2016 de 7 julio).

Y, en igual sentido, la STS 562/2007, de 22 de junio, en cuyo fundamento de derecho segundo dispone que: *“[...] denuncian la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial. 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. [...] 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”*.

Actualmente, la regulación de la referida diligencia de investigación se encuentra regulada en el referido artículo 588 quinquies b), situado en el Libro II, Título VIII, Capítulo VII bajo la rúbrica de *“Utilización de dispositivos técnicos de captación de la*

imagen, de seguimiento y de localización” donde destaca la exigencia de la autorización judicial para su práctica dada la incidencia de tal medida en los derechos fundamentales del sospechoso, recogidos en el art. 18 de la Constitución Española, en particular, los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, entre otros.

Debe recordarse que el derecho a la intimidad, recogido en el art. 10 CE, se vincula a la esfera personal más privada de las personas. Se trata de un derecho afín a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y, su posible afectación por el uso de los medios de investigación, como los que examinamos, ha sido reconocida de forma reiterada por distintos Tribunales internacionales, tales como por el TEDH (*Caso Uzun v. Alemania*, STEDH, de 2 de septiembre de 2010, -*JUR 2010, 301139*-), en el que se analiza de forma directa un supuesto de localización a través de dispositivos de localización).

Asimismo, conviene recordar que el artículo 18 CE limita el uso de la informática para así garantizar distintos derechos fundamentales, como el derecho honor y la intimidad personal y familiar. Pese a no regularse de forma específica, la Constitución incluye, dentro del derecho a la intimidad, el derecho de cualquier persona a situarse geográficamente en un lugar con la confianza de que sus datos de localización no van a ser captados, archivados o incluso utilizados por terceros, salvo que los investigadores cuenten con la debida autorización judicial que le habilita para ello, tal y como establece la propia Constitución.

Esta afirmación es corroborada por lo recogido en el artículo 8 titulado “*Derecho al respeto a la vida privada y familiar*” del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979 que dice:

“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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Extensa ha sido la jurisprudencia doctrinal que trató esta medida carente de regulación específica. A modo de ejemplo, cabe destacar las sentencias: STS 798/2013, de 5 de noviembre, STS 523/2008, de 11 de junio, la STS 55/2007, de 23 de enero o la STS 493/2014, de 10 de junio, que versan sobre esta materia.

3.3 El nuevo artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2015.

La reforma antes señalada de la LECrim operada por LO 13/2015 tiene como principal objetivo, según refiere como póstico de su Exposición de Motivos, *“la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas”*, por ello, y entre otras cuestiones, *“la reforma aborda también la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al juez de instrucción”*.

En definitiva, con la nueva regulación, (en la que ya se hace referencia a la injerencia en el derecho a la intimidad, como bien hemos explicado anteriormente), el legislador pretende reforzar las garantías del proceso penal y evitar la posible vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 CE que se pueda producir como consecuencia del uso inadecuado de estas medidas, tratando de reforzar así el derecho al proceso con todas las garantías al imponer el previo control por una autoridad judicial.

Tras la reforma, el nuevo artículo 588 quinquies b) de la Ley Orgánica 13/2015 ha quedado redactado de la siguiente manera:

«1. Cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

2. La autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado.

3. Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

4. Cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso».

De conformidad con la nueva regulación, el juez deberá acreditar la necesidad y proporcionalidad de la solicitud policial y de las medidas de investigación que se pretenden utilizar, de forma suficiente y motivada, haciendo constar en tal autorización los aspectos relativos al mismo tales como el tipo de medida que se adoptará, el tiempo de aplicación de la misma y los demás requisitos o límites que considere necesarios, entre otros, la limitación de territorio de aplicación del dispositivo o la posibilidad de auxilio judicial cuando se exceda de la limitación geográfica, valga el ejemplo. Sabiendo que, a pesar de la extrema necesidad de esta autorización, la policía podrá intervenir en las actuaciones, pudiendo adoptar las medidas que crea convenientes, pero supone un deber el remitir al juzgado competente las razones de su aplicabilidad, en el menor tiempo posible (como máximo 24 horas) a fin de que el juez acuerde lo que estime oportuno y proceda a declarar la cesión de la medida si resultase necesario.

Como afirma Marchena, este debate sobre la incorporación de la actuación necesaria del juez de instrucción en este tipo de medidas, vigente desde la reforma del 2015, ha supuesto un debate jurisprudencial y doctrinal ya no tanto a nivel nacional, sino que también ha tenido gran relevancia jurídica en otros países, como por ejemplo en la

doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos. (Marchena Gómez & Gonzalez-Cuellar, 2016, p. 363).

Examinaremos cada uno de los distintos presupuestos y requisitos exigidos por la norma:

En primer lugar, en cuanto al primer apartado, determina lo siguiente: “1. *Cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*”. Se hace una referencia directa a los presupuestos habilitantes para la adopción de este tipo de medidas, relacionados con el principio de legalidad que rige en toda investigación penal, como lo es el principio de proporcionalidad, que resulta aplicable en materia de utilización de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, reflejados en el artículo 588 bis a) LECrim, que dispone: “1. *Durante la instrucción de las se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.*”. Se trata de requisitos cumulativos o habilitantes. Para el caso de que no se cumpla cualquiera de ellos, el auto devendrá nulo.

A su vez, estas medidas limitativas deben cumplir, además de las premisas mencionadas, tres requisitos que también vienen exigidos por la jurisprudencia constitucional en sentencias como por ejemplo la STC 123/2002, del 20 de mayo en la que asegura: “*para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si es necesaria en el sentido de que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad); c) si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*”

En relación con la segunda frase de este primer apartado, que afirma “*el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*”, López Ortega (citado por el autor García Marcos, 2015, p. 314) sostiene

que ello implica que le corresponde al juez de instrucción determinar si los hechos por los cuales se pretende adoptar tal medida son de gravedad tal que merezca una injerencia autorizada en la protección del derecho cuya limitación se pretenda. Aunque no se deja del todo claro lo que el legislador ha querido decir con “*juez competente*” ni cuál es ese “nivel de gravedad” tal que le permita al juez autorizar la vulneración de un derecho fundamental.

La doctrina del TS trata de explicar que la autorización deberá ser reflejo del examen objetivo de los datos obtenidos en una investigación previa. En relación a la segunda cuestión, la doctrina ha declarado que por “*juez competente*” se entiende todo aquel que pertenezca a la jurisdicción penal, con independencia del principio de territorialidad, cuestión cuanto menos problemática. (García Marcos, 2015, p. 314-315).

El segundo apartado del artículo dice: “2. *La autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado.*”, de forma que el juez competente deberá resolver en el plazo de 24 horas, oído previamente el Ministerio Fiscal (cuyo preceptivo informe constituye, asimismo, una novedad y encuentra su justificación en la posición procesal del Fiscal como defensor de la legalidad y *amicus curia*, orillando la percepción generalizada de mera parte acusadora). A continuación, el juez deberá emitir de forma motivada la autorización de tal solicitud. En la misma deberá incluir con precisión todos los datos que vayan a resultar relevantes a la hora de poner en práctica la medida, tales como la identificación de los investigadores, el plan que se persigue con dicha medida, sujetos implicados y posibles colaboradores, el modelo o marca y el tipo de sistema de geolocalización, el tipo de datos que retransmite, detallando también los requisitos que impone a dicha adopción como es la limitación geográfica de aplicación del dispositivo o el plazo de duración de la medida.

En base al art. 588 bis d) LECrim, en el que se regula la solicitud de autorización judicial, se establece que por el nivel de implicación que conllevan el empleo de este tipo de medidas, éstas deben sustanciarse en pieza separada y secreta, sin necesidad de que ello conlleve el secreto de la causa.

Es posible que, como consecuencia de la aplicación de la misma, ésta suponga a la vez una injerencia en el derecho a la intimidad ya no tanto del sujeto sospechoso sino de terceras personas que puedan estar relacionadas con el mismo (cónyuges, familiares o amigos, entre otros), por ello se prevé la posibilidad de poder abrir una nueva causa en el supuesto de que esas terceras personas cometan otros delitos. Asimismo, debe advertirse que cuando lo que se intercepta son datos ajenos a la causa, deben ser expulsados del proceso.

El tercero de los párrafos de este artículo señala que *“3. Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.”*. Es, por tanto, obligatoria la prestación de colaboración para con las autoridades o agentes de ella expresadas en el precepto y, en particular, con el juez instructor de forma que los prestadores, agentes y personas antes señalados le remitan los datos objetivos que hayan ido obteniendo con la instalación del dispositivo, debiendo aportar la prueba real, (en este caso los dispositivos empleados durante la práctica), so pena de incurrir en las multas que se recogen en el artículo 412 del Código Penal.

En el Anteproyecto de la LECrim se establecía que la remisión de los datos obtenidos al juez debía realizarse con una periodicidad de al menos 15 días, dejando la fijación de dicho plazo en manos del juez (García Marcos, 2015, p. 322).

Para terminar, el apartado cuarto hace referencia a la intervención policial anticipada, en el que dispone: *“4. Cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.”*. Se hace referencia a aquellos supuestos en los que, debido a la urgencia o gravedad de la causa,

la adopción de la medida sea de necesidad o urgencia tal que no se pueda esperar el plazo de resolución de la solicitud del que dispone el juez instructor, para llevar a cabo la aplicación de la medida, dado que podría frustrarse el proceso o podrían perderse pruebas válidas de cara a un futuro juicio; todo ello, teniendo presente que es la Policía Judicial la que está obligada a informar de la adopción de la medida al juzgado en un plazo máximo de 24 horas, para que sea el propio juez el que dictamine, en base a una evaluación de los hechos y de la situación que se presentó, la correcta adopción de los mismos y considere la procedencia de la medida.

Resulta necesario destacar que, en función de lo dispuesto en el artículo 588 quinquies c) LECrim, esta medida de localización tendrá una duración máxima de 3 meses a partir de la fecha en la que fuera emitida la autorización por parte del juez instructor.

No obstante, al Ley prevé que, de forma excepcional, el juez pueda acordar un aplazamiento o alargamiento de la fecha final de aplicación de la medida, concebido como prórroga, de forma sucesiva, por plazo igual o inferior hasta un máximo de 18 meses, si así estuviera justificada en función de los datos que se fueran obteniendo de la aplicación de la medida.

En virtud de lo anterior, cabe reseñar que a la vez que se le permite al juez autorizar prórrogas sucesivas que amplíen el tiempo de aplicación, también estará habilitado para acordar el cese de la medida, si así lo considera oportuno, sobre todo para aquellos casos en los que a pesar del empleo del dispositivo en los correctos términos fijados por el juez, éste considere que no se alcanzará el fin para el cual fue autorizada o para el caso en el que considere que no concurría situación de urgencia o necesidad en el supuesto en el que la policía de *motu proprio* ha llevado a cabo la práctica.

Finalizada la investigación, todos los datos que se hayan obtenido y el dispositivo que se haya empleado, se deberán poner a disposición del juez de instrucción a fin de evitar manipulaciones indebidas de tal información, así como la ruptura de la cadena de custodia de la prueba.

3.4 Análisis detallado de la Sentencia de 23 de enero de 2012 del Tribunal Supremo de Estados Unidos [*United States v. Antoine Jones, 565 US*].

A fin de explicar el cambio normativo relativo a estos medios de investigación tecnológica y teniendo en cuenta el derecho comparado, se analizará la sentencia nº 10-1259, del 23 de enero de 2012, en el que se analiza el caso de Estados Unidos contra *Antonie Jones*, que figura como demandado.

Se trata de un caso en el que el TS estadounidense examina la licitud de la instalación de este tipo de medios de investigación y la eventual vulneración de los derechos fundamentales del investigado (en particular, los reconocidos en la IV Enmienda de la Constitución Norteamericana) derivados de su mal empleo, con omisión, en el caso concreto, de garantías procesales y exigencias judiciales.

Esta sentencia supuso un avance significativo en la regulación sobre la instalación y empleo de estos dispositivos para la vigilancia electrónica en investigaciones policiales, dada que nos hallamos en la denominada “era digital”.

La Corte Suprema, en el presente caso, falló a favor del acusado determinando que las autoridades habían violado los derechos fundamentales que se le reconocían en la IV Enmienda de la Constitución Norteamericana, en un supuesto en el que se conectó un dispositivo GPS a su vehículo marca *Jeep*, con el objetivo de llevar a cabo una investigación y seguir sus movimientos durante cuatro semanas a fin de acreditar las sospechas que se tenían sobre el individuo, en la medida en que tal investigación se hizo con incumplimiento de las exigencias judiciales acordadas en la resolución autorizante de la medida.

3.4.1 Hechos probados

Estos tuvieron lugar en el Distrito de Columbia, situado en el Estado de Washington DC (EE. UU). El sujeto sospechoso, *Antonie Jone*, era propietario del club nocturno “*Levels*” situado al norte del distrito.

En 2004, se convirtió en uno de los principales sospechosos en tráfico de drogas del Estado. Todas las sospechas pesaban sobre él y sobre otros individuos con los que parecía tener relación, motivo por el cual se acabó convirtiendo en objeto de investigación secreta por el FBI y el departamento de policía metropolitana, que actuaron de forma conjunta, a fin de dar con alguna prueba que lo relacionara directamente con el delito señalado.

Durante la misma, se emplearon diferentes medios de investigación, desde una vigilancia visual del local del que era propietario, hasta la captación y escucha de conversaciones telefónicas realizadas el Sr. Jones con su teléfono particular.

No fue hasta 2005 cuando el Gobierno puso en marcha el proceso de solicitud dirigido al Tribunal del Distrito de Columbia (Washington DC) con el objeto de conseguir la autorización judicial que le habilitase instalar en el vehículo del Sr. Jones, un dispositivo de geolocalización. El vehículo en el que pretendían instalarlo era el que utilizaba frecuentemente el sospechoso, de acuerdo con las últimas investigaciones patrimoniales realizadas por la policía, un *Jeep Grand Cherokee*, registrado a nombre de su mujer.

La solicitud de aplicación de la medida fue autorizada, aunque el juez impuso dos condiciones: la primera, que dicho dispositivo se instalara en los 10 días siguientes a la autorización; y la segunda, en cuanto a la aplicación territorial, que el dispositivo sólo podría emplearse e instalarse dentro de los límites territoriales del distrito de Columbia (Washington DC).

No obstante, las limitaciones antes expuestas, los agentes encargados de la instalación no cumplieron con dichos requerimientos; colocaron el mecanismo de geolocalización al undécimo día tras la notificación de la autorización de la solicitud por parte del Tribunal y lo instalaron en los bajos del vehículo mientras éste se encontraba aparcado en un parking público.

Durante el rastreo realizado por el Gobierno, se interceptaron diferentes localizaciones del vehículo. El dispositivo GPS transmitía la información vía satélite y ésta era almacenada en los ordenadores del Gobierno. En una de las cuatro semanas de la investigación, los agentes tuvieron conocimiento de la baja batería del dispositivo y

procedieron al cambio de la misma, acercándose al vehículo que estaba aparcado nuevamente en un parking público pero esta vez en el Estado de Maryland (lugar para el que no había sido autorizado).

Gracias a la aplicación del dispositivo, el Gobierno pudo hacerse con la información suficiente como para acusar al Sr. Jones y a varios sujetos relacionados de conspiración, posesión e intención de distribuir sustancias estupefacientes (cocaína entre otras).

Antes de la vista del juicio oral, el Sr. Jones se opuso a la prueba obtenida por el equipo de investigación mediante dispositivo GPS, presentada por el Gobierno como prueba principal del juicio, ya que alegaba que se trataba de una invasión a su intimidad, puesto que el vehículo había estado circulando por diversas partes del Estado y, además, había estado aparcado en su propia casa.

El tribunal acabó estimando tal pretensión de forma parcial. Entendió que era procedente la declaración de invalidez de aquellos datos relacionados con la esfera personal del sospechoso, es decir, los relativos a la vivienda habitual y otros lugares de interés meramente privado del acusado. Por otro lado, entendió que no cabía oposición alguna en lo relativo a los datos restantes, en los que se había interceptado que el vehículo había estado circulando por vías públicas, declarando este tipo de datos como admitidos al sostener que *"[t] una persona que viaja en un automóvil en las vías públicas no tiene una expectativa razonable de privacidad en sus movimientos de un lugar a otro"*.

El juicio de 2006 se acabó archivando por falta de prueba al ser anulada la prueba aportada de contrario por el Gobierno, saliendo impune el sospechoso.

Esta causa se reabrió de nuevo en marzo de 2007, ante el Tribunal de Apelaciones (el tribunal de 2ª instancia del sistema americano) cuando retornaron de nuevo las sospechas fundadas hacia el mismo investigado, el Sr. Jones.

El Gobierno intervino aportando los datos que se habían obtenido en los años anteriores sobre el rastreo del vehículo del sospechoso, admitidos parcialmente en primera instancia; datos que acabaron relacionando al Sr. Jones con una casa clandestina donde se realizaban

las operaciones propias del contrabando y en la que se interceptaron 850.000 dólares en efectivo, 97 kilogramos de estupefacientes destinados a la venta y 1 kilogramo de base de cocaína.

Finalmente, el jurado emitió un veredicto de culpabilidad y el Tribunal de Distrito condenó al Sr. Jones a cadena perpetua.

3.4.2 Resolución del caso por la Corte Suprema

El Sr. Jones presentó recurso ante la Corte Suprema de EEUU que fue admitida, ante la gran incertidumbre jurisprudencial que produjo este caso y determinó que la instalación por parte del Gobierno de un dispositivo de localización GPS requería de una orden judicial y que, en caso de no contar con dicha autorización, se vulneraba los derechos fundamentales garantizados en la IV Enmienda de la Constitución Norteamericana.

Conviene recordar que la IV Enmienda reconoce: *“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”*.

El texto de la IV enmienda reconoce, por tanto, la protección de la intimidad de las personas desde el ámbito de la propiedad privada.

La Corte Suprema afirmó, en el caso concreto, que un vehículo es un "efecto" a efectos de lo dispuesto en la IV enmienda y sostuvieron, de un lado, que la instalación de un dispositivo GPS en el vehículo de un sujeto sospechoso y el uso del mismo para controlar los movimientos del vehículo constituía una "búsqueda". Y, de otro lado, que la injerencia física sobre un "efecto" propio del acusado, con el propósito de obtener información de naturaleza privilegiada constituye una "pesquisa" o indagación según los términos que se recogen en la disposición cuya práctica, en todo caso, exigía autorización judicial previa.

La Corte quiso dejar claro que cualesquiera que sean los nuevos métodos de investigación que se puedan idear, su tarea, como mínimo, es la de decidir si la acción en cuestión habría constituido una "búsqueda" dentro del significado original de la IV Enmienda. Donde, como en este caso, el Gobierno obtiene información al entrometerse físicamente en un área constitucionalmente protegida, de forma que se ha producido una indudable búsqueda.

Asimismo, debe destacarse que a continuación del texto de la Sentencia de la Corte, dictada como Justicia General, se incorporaron los escritos apoyando dicha causa de dos jueces de la Corte Suprema de los que destacamos el texto incorporado por el Juez Sotomayor quien se mostró de acuerdo con la opinión de la Corte diciendo: “[t] *como aquí, el Gobierno obtiene información interfiriendo físicamente en un área constitucionalmente protegida. En este caso, el Gobierno instaló un dispositivo de rastreo del Sistema de Posicionamiento Global (GPS) en el Jeep del encuestado Antoine Jones sin una orden válida y sin el consentimiento de Jones, después usó ese dispositivo para monitorear los movimientos del Jeep en el transcurso de cuatro semanas. El gobierno usurpó la propiedad de Jones con el propósito de vigilarlo, invadiendo así los intereses de privacidad que durante tanto tiempo se le habían otorgado, y sin duda tenía derecho a la protección de la Cuarta Enmienda*”. Defiende que la búsqueda a la que se refiere la IV Enmienda ocurre cuando el Gobierno viola una expectativa subjetiva de privacidad que la sociedad reconoce como razonable. Deja claro que, la prueba de intrusión aplicada en la opinión de la mayoría refleja un mínimo constitucional irreductible: cuando el Gobierno invade físicamente la propiedad personal para recabar información, se realiza una búsqueda. La reafirmación de ese principio es suficiente para decidir este caso. Asimismo, explicó que la colocación del sistema GPS supuso la vulneración de los derechos reconocidos en la IV enmienda donde se protege, entre otros, el derecho a la intimidad o propiedad privada.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Español ha recogido la doctrina emanada del derecho comparado norteamericano, sobre la expectativa razonable de privacidad, procedente también del TEDH. En este sentido, ha afirmado que, desde una dimensión *positiva*, el ámbito de protección del derecho de la intimidad se extiende a situaciones en las que por determinadas circunstancias, permiten mantener una voluntad de reserva por

parte del sujeto; desde una dimensión *negativa*, no habrá intrusión ilegítima en aquellos supuestos en los que el sujeto, de forma intencionada, participa en actividades o realiza actos en los que razonablemente se expone al conocimiento ajeno (Delgado Martín, 2016, pp. 102-103).

4. La intervención de un particular como cooperador de la investigación policial tecnológica.

Antes de analizar el supuesto planteado, realizaremos una breve introducción al ámbito de la colaboración dentro de la fase de investigación policial.

A tal efecto, hemos examinado la figura de la colaboración de un particular en función del criterio de la autorización policial (es decir, si se cuenta o no con ella para llevar a cabo la medida), así como mediante la realización de un breve repaso de los diferentes tipos de colaboración que se pueden apreciar en nuestro Ordenamiento Jurídico.

4.1 Tipos de colaboración posibles en la fase de investigación. Aclaración de los supuestos de nulidad en caso de colaboración de un particular.

En ocasiones, ya sea por el tipo del delito investigado, su forma de ejecución u otras circunstancias concurrentes (personales, espaciales o temporales) resulta complicado para los investigadores obtener pruebas incriminatorias a través de los medios cotidianos de investigación (declaraciones testificales, investigaciones patrimoniales, recogida de efectos o instrumentos del delito, entre otros). A fin de evitar la impunidad de los delitos referidos y ante la insuficiencia de aquellos medios de investigación, se prevé la figura del tercero colaborador en la investigación policial.

El *colaborador* o *confidente policial* puede ser definido como aquel sujeto que normalmente suele pertenecer a los entramados delictivos de los que se pretende obtener la información (motivo por el cual dicho sujeto puede acceder de manera sencilla a la información sobre los hechos objeto de investigación) y que, bien por su propia cuenta o por encargo de la policía trasmite a las autoridades distintas informaciones para

facilitarles la tarea de la investigación, obteniendo a cambio un beneficio procesal o de índole similar o simplemente actuando por razón de incitaciones de interés propias o bien de carácter personal (ánimo vengativo, celos, rivalidad, etc.). (Marchal González, 2017, pp. 5-10).

La aportación de información por un tercero permite el conocimiento y la obtención de información privilegiada a la que no se podría acceder de ninguna otra manera y ofrece datos imprescindibles para la averiguación de los hechos, los responsables o los futuros actos que puedan estar planeando realizar en un futuro.

En la primera redacción del Código Penal de 1995 figura como atenuante la confesión con sinceridad a juicio sin pruebas. Actualmente y a raíz del creciente desarrollo de las tramas criminales, generalmente relacionados con delitos de tráfico de drogas o terrorismo, se ha incentivado el crecimiento notoriamente de esta figura.

Generalmente, esta colaboración se produce en relación con delitos graves, tales como los grupos criminales dedicados al terrorismo, narcotráfico, corrupción o delitos económicos, entre otros.

La colaboración en materia de investigación policial hay que abarcarla desde una doble perspectiva: la primera, la colaboración en la que se cuenta *con* autorización judicial, es decir, aquellos casos en los que, debido a la gravedad de los hechos, los agentes han seguido las instrucciones impuestas por la normativa solicitando del juez competente la debida autorización para la aplicación de la medida prevista. En cuyo caso se entiende legítima la prueba que se obtenga de la declaración de un tercero que estando o no vinculado con el delito, arroje información que le sea de utilidad a los investigadores de cara a la averiguación de los hechos, así como de los responsables de los mismos.

La segunda, se trata de la colaboración realizada por un tercero, pero *sin* que los agentes actuantes cuenten con la autorización judicial habilitante para ello. En este caso caben dos posibilidades: por un lado, que la información haya sido obtenida por el colaborador o confidente de *motu proprio* y sin previa participación de los investigadores, en cuyo caso la aportación de la prueba no será ilícita sino que al ser aportada por iniciativa propia

de un particular se tendrá por válida y se empleará en el proceso (ejemplo: caso Falciani, en el que se hace una clara distinción de los supuestos de colaboración de un particular en la que es el propio individuo quien aporta las pruebas y aquellos en los que los particulares se ven coartados por las autoridades para la práctica de las mismas). Y, de otro lado, aquellos casos en los que el confidente actúa a excitación (directa o indirecta) de los investigadores en cuyo caso nos encontramos ante supuestos de prueba ilícita, dado que la información privilegiada a la que han tenido acceso los agentes no ha sido autorizada previamente por un juez.

En base a estas precisiones, cabe destacar diferentes figuras afines con la colaboración en materia de investigación policial.

4.2 Análisis de las figuras afines a la colaboración. El arrepentido y el confidente

4.2.1. El Arrepentido.

Tal figura aparece regulada en el art. 376 CP. Ésta se prevé exclusivamente para delitos de tráfico de drogas. Tiene lugar cuando una persona investigada relacionada con actividades organizadas de tráfico de estupefacientes decide voluntariamente abandonar la actividad delictiva y transmitir a las autoridades la información que necesitan para la investigación del delito, la identificación y detención de los responsables ante la expectativa de una mejor respuesta punitiva (Banacloche Palao, 2015 p. 205).

En función de lo dispuesto en el Código Penal sobre esta figura se recoge lo siguiente: *“Artículo 376. En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.”*

La facultad de determinar a un investigado como arrepentido le corresponde al Tribunal, que apreciará que se trata de tal figura cuando concurren las circunstancias previstas expresamente en la Ley y reiteradas por la doctrina y la jurisprudencia:

1) El abandono voluntario de la actividad delictiva: esta debe ser voluntaria ya que si surge tras la detención policial del sospechoso no podrá tomarse en consideración la existencia de una voluntariedad expresa. En el caso de que se produzca el correcto abandono, éste supondrá la ruptura definitiva de los vínculos que le unen a la organización criminal. Se pueden dar diversos usos a este tipo de colaboración: se puede emplear tanto para dismantelar la trama de una organización de la competencia como para desenmascarar a los miembros del grupo al que pertenece el individuo movido por un ánimo de venganza que tenga sobre aquellos. El abandono de la actividad delictiva debe ser real, manifiesto y definitivo. (Soto Rodríguez, 2012: 1-15)

2) La colaboración activa con la autoridad deberá darse conjuntamente con el primero para que así pueda aplicarse el tipo privilegiado y, en caso contrario, resultará de aplicación las circunstancias genéricas de atenuación en el supuesto de que no concorra alguno de los requisitos. Todo ello, teniendo presente que para que se identifique al sospechoso como verdadero arrepentido es necesario que éste confiese los delitos en los que haya participado como miembro de la organización.

La colaboración a la que se refiere el segundo de los requisitos puede perseguir diferentes objetivos como: impedir la comisión de un delito, la obtención de pruebas decisivas para la detención, la identificación de los sujetos responsables, para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a la que haya pertenecido el sujeto delator.

Esta colaboración no es un fin de resultado sino de medios, ello quiere decir que en ningún momento se espera que de la información obtenida por el arrepentido se obtengan resultados ciertos en la investigación dado que ello puede no depender del arrepentido sino de otros factores influyentes como por ejemplo el acierto policial en el entramado de la investigación, aunque si es que es cierto que el éxito por la colaboración prestada puede influir en la graduación de la pena del arrepentido. (Soto Rodríguez, 2012, pp. 15-20)

En este sentido, el Tribunal Supremo en STS 1301/2007, de 12 de julio, establece los requisitos y finalidades del art. 376 CP y dice: “... *son precisos dos requisitos para la aplicación de la circunstancia atenuante específica prevista en el art. 376 CP:*

1. Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, cosa que no ocurrió en el caso presente.

2. Que haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes con alguna de las tres finalidades que se especifican en el citado art. 376:

i) Para impedir la producción del delito.

ii) Para obtener pruebas decisivas en orden a la identificación o captura de los culpables.

iii) Para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

4.2.2. El confidente.

La segunda de las figuras que más se acerca al supuesto que examinamos es la figura del confidente, que no tiene una regulación expresa en la LECrim. Se trata de aquel sujeto que, aun siendo delincuente, proporciona a la policía información relevante para la investigación de un delito (Banacloche Palao, 2015, p. 206)

A diferencia del arrepentido, el confidente que normalmente es un delincuente habitual, no se encuentra relacionado sobre el delito sobre el que informa, ni tiene por objetivo confesar con el deseo de que se le rebaje la pena que se le pueda imponer o el mero abandono de la actividad delictiva, sino que su colaboración responde a otras ambiciones como obtener una recompensa a cambio de la información, la obtención de beneficios policiales, permisos, etc.

Reciente doctrina del TS ha venido admitiendo la información otorgada por los confidentes como prueba válida para incoar investigaciones policiales, pero no para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales y tampoco sirve como prueba de cargo (Banacloche Palao, 2015; 206-207).

A título de ejemplo cabe mencionar la STS 834/2009 de 29 julio (RJ 2009\4619) en la que el TS dispone: *“En relación a los confidentes debe consignarse, que, en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. 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”*.

4.3 Delimitación del concepto en base a la Sentencia N° 408/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid -Caso Guateque-.

Para analizar esta figura nos centraremos en un análisis pormenorizado de la Sentencia n° 408/2017, en el que se sustancia el procedimiento abreviado 1/2016, ante la Sección n° 2 de la Audiencia Provincial de Madrid, sobre delito de cohecho realizado por un grupo de funcionarios en el Ayuntamiento de Madrid (con fecha 19 de junio de 2017) – *Caso Guateque-*.

4.3.1 Hechos probados

Los hechos se remontan al 6 de marzo del año 2007, en la comandancia de la Guardia Civil de Tres Cantos, donde a efectos de investigar una entramada de corrupción que se realizaba en el Ayuntamiento de la capital, en la que supuestamente se agilizaba la tramitación de las licencias a cambio de sobornos.

Con base a sospechas fundadas por parte de la Guardia Civil, fue entregada por unos agentes a Joaquín Hernández Marugán, (empresario que ostenta en la actualidad cargos

en al menos 9 empresas relacionadas con el sector de la Hostelería), una grabadora a fin de que grabara la conversación que habría de tener lugar en el despacho con un amigo, Antonio Sanz Escribano, encargado hasta entonces de la realización de los proyectos técnicos en negocios de hostelería.

El objetivo de esta operación era grabar la conversación que tendría “voluntariamente” el sujeto al que se le entregó la grabadora con otro funcionario del Ayuntamiento, en la que, por mandato de los agentes de la Guardia Civil, se haría referencia a una supuesta petición de dinero (soborno) solicitada por el funcionario para agilizar un expediente y con ello poder denunciar la comisión por parte de empresarios y funcionarios del Ayuntamiento de distintos delitos de corrupción ante la autoridad judicial.

La grabadora estaba tenía unas dimensiones que permitieron su ocultación y la grabación de la conversación sin que el sospechoso (en este caso el Sr. Sanz), tuviera conocimiento de su existencia.

Tras la evaluación del contenido de la cinta, se ordenó a la UCO que tomara declaración al Sr. Hernández como supuesto denunciante de los hechos, a fin de desvirtuar la verdadera versión de los mismos. Se levantó atestado de la falsa denuncia tres días después la operación, en el que se hizo constar que el Sr. Hernández quiso grabar, por su propia voluntad, la conversación, utilizado para ello sus propios medios, de forma que no figurase la realidad de lo sucedido; que la grabadora había sido entregada por la Guardia Civil para tales fines, dado que ello, en cierta medida implica la provocación de un delito por las autoridades.

A tales efectos la grabadora y su cinta nunca fue entregadas al Juzgado de Instrucción. Lo que los agentes remitieron al Juzgado fue una transcripción de la conversación que supuestamente había obtenido un sujeto y la denuncia sobre los hechos.

Con base a estas pruebas el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, incoó las diligencias previas a fin de proceder a la investigación judicial de la trama acordando el secreto de las actuaciones por plazo de 1 mes, la intervención telefónica de dos teléfonos particulares del Sr. Antonio, de otras medidas de averiguación patrimonial de los investigados y,

garantizó en último término, y la protección especial tanto al Sr. Hernández como a sus allegados, en condición de testigo protegido.

Hay que matizar que el objeto que trae causa en este procedimiento es la grabación que supuestamente realizó un particular de *motu proprio*, a petición de la Guardia Civil.

La investigación concluyó mediante auto de transformación de diligencias previas, para su continuación por los trámites del procedimiento abreviado en el que se acusó a más de 20 imputados (hoy investigados) de delitos económicos, entre otros, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios, infidelidad en la custodia de documentos y falsedad.

En 2017, trascurridos 10 años desde la comisión de los hechos, se declaró la absolución de todos los acusados a consecuencia de la declaración de ilicitud de la grabación inicial realizada por el Sr. Hernández a excitación policial.

Actualmente este caso no se encuentra cerrado, ha sido recurrido en casación y será objeto de revisión por la Sala Segunda del TS.

Durante el juicio, en el turno de intervenciones, varias defensas alegaron la ilicitud de la prueba practicada de acuerdo con la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*The fruit of the poisonous tree doctrine*), por la cual debían declararse nulas por ilícitas todas las pruebas obtenidas en base a la prueba inicial, la grabación, que supone una vulneración de derechos fundamentales en sentido estricto.

Con respecto a la figura de colaboración que entraña el Sr. Hernández, la sentencia de la Audiencia provincial lo define, en el hecho tercero de los fundamentos de derecho como un “*mero instrumento utilizado por agentes no identificados*” para obtener la información necesaria como es la derivada de la conversación que mantuvo con un funcionario corrupto sobre la trama.

El desarrollo de la operación, en cuanto a la entrega de un dispositivo de grabación al sujeto, fue idea de unos agentes del cuerpo que no fueron identificados en el atestado y

que llevaron a cabo la operación sin que existiera previa denuncia, que diera pie a dichas actuaciones, o diligencia alguna sobre la sospecha, y por supuesto sin que se obtuviera la autorización necesaria por parte del juez de instrucción al que se debería haber puesto en conocimiento de los hechos. Se apoyaron en unas meras sospechas que venían trayendo sobre un grupo de individuos funcionarios del Ayuntamiento.

Se trata por tanto de la utilización de un tercero que, a pesar de tener una relación de amistad con el investigado, no tenía nada que ver con el procedimiento ni con la causa en sí misma, es decir, no tenía motivos fundados ni pruebas para actuar en colaboración con las autoridades a fin de recabar información a través del medio de grabación que le fue propuesto. Dice la STS del 23 de febrero de 2017, en relación: *“no se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal”*, concluyendo con que *“los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio”*. Se trata por tanto de la actuación de un individuo que se encuentra al servicio de las autoridades, sin que haya actuado guiado por su propia iniciativa, como quisieron dar a entender las autoridades.

El Tribunal acabó declarando, en el fallo, la prueba obtenida como nula por resultar contaminada, resulta así: *“La causa nació viciada, por lo que adolece desde su origen de una nulidad radical y subsanable. Los agentes de la Guardia Civil actuaron de mala fe, estando encaminada su intervención a la obtención de una fuente de prueba mediante una acción vulneradora del derecho de la intimidad”*.

Del análisis de las pruebas se determinó que la actuación del Sr. Hernández durante la grabación fue preparada con anterioridad, conversaba con preguntas claras, a fin de que el sujeto grabado tratara obligatoriamente el tema del dinero, sin que el curso de la conversación le invitara a abordar con naturalidad y por su propia voluntad el asunto, sino

que en cierta medida se vio forzado a hablar de ello y, así, con los hechos grabados, pudieran ser utilizados como objeto de prueba de un proceso penal posterior.

Es por tanto que el empresario fue utilizado, tal y como menciona el juez, “*como un medio o instrumento*” para facilitar la obtención de la prueba de manera sencilla. La práctica aunque ilícita resultó ser exitosa, gracias a la realización de una denuncia falsa, maquiadora de los hechos, y a la idea de las autoridades, de que se hiciera constar en el atestado que el inicio de estas actuaciones fue idea del particular, es decir, el acceso al despacho de *motu proprio* con una grabadora que él mismo había conseguido a fin tener pruebas incriminatorias con la trama de corrupción.

De no haber interactuado el particular y haber realizado directamente la grabación los propios agentes, la causa hubiera sido declarada nula de pleno derecho al no haber iniciado, la Guardia Civil, diligencias previas en base a una mera sospecha de los hechos que se estaban acaeciendo en el Ayuntamiento. La figura del Sr. Hernández no viene regulada en nuestro ordenamiento, no cabe un colaborador que coopere con la justicia sin pedir nada a cambio.

4.3.2 La eventual aplicación al caso de alguna de las figuras antes referidas.

En el caso que se nos plantea, el tripulante accede a cooperar con el SVA, permitiendo la instalación del dispositivo en su mochila a cambio de que no se la acuse por delitos anteriores que lo vinculan con el narcotráfico.

En este caso, podríamos tipificarlo no tanto como un arrepentido porque no se muestra la iniciativa voluntaria del tripulante de querer abandonar la actividad delictiva, sino que se aproxima más a la figura del confidente, aunque con la particularidad de que su colaboración (facilitar la geolocalización del buque) se circunscribe a la obtención de los referidos beneficios penales.

Como primera aproximación al supuesto planteado deben hacerse dos precisiones:

En primer lugar, que los agentes actuantes carecen de facultades de disposición sobre el ejercicio de la acción penal que, en nuestro ordenamiento jurídico es pública, y corresponde al Ministerio Fiscal. De modo que el eventual acuerdo con los agentes actuantes sobre la prosecución de acciones penales adolece de base legal alguna.

Y, en segundo lugar, que, de hacerse tal ofrecimiento, los agentes actuantes estarían eventualmente cometiendo el delito de dejar de promover o perseguir los delitos de los que tuviesen noticia.

En definitiva, solo cabe la aplicación de beneficios penales respecto de supuestos concretos de conformidad con lo prevenido en el artículo 376 del Código Penal, y su eventual aplicación corresponderá al tribunal de enjuiciamiento, sin que los agentes actuantes tengan facultad alguna para garantizar su apreciación.

5. La prueba ilícita y la conexión de antijuridicidad.

Después de haber realizado la aproximación antes señalada a las dos figuras que, en su caso, tendrían cabida en el caso práctico que se plantean, examinaremos las cuestiones concretamente planteadas, es decir, en primer lugar, la eventual legalidad o licitud de la de localización o rastreo del sospechoso mediante dispositivos de seguimiento; y, en segundo, el debate que ha generado la figura del particular colaborador en la investigación policial de una causa penal.

5.1 Los principios de prueba ilícita y la conexión de antijuridicidad. Teoría del árbol envenenado.

La ilicitud se concibe como una de las principales causas por las que puede ser inadmitida una prueba dentro del proceso. A pesar de que no esté regulada expresamente en el art. 659 LECrim, se prevé en la práctica como una causa cierta y viene a significar que dicha prueba obtenida va en contra de la legalidad o se obtenido vulnerando algún derecho constitucionalmente protegido (Banacloche Palao, 2015, pp. 298-299).

Antes de comenzar a analizar supuestos y principios aplicables, cabe diferenciar entre dos principios clave del tema en cuestión, son el principio de legalidad y el principio de licitud de la prueba.

El principio de legalidad supone que las fuentes de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud implica que toda prueba deberá respetar en todo caso los derechos fundamentales. (Miranda Estrampes, 2010, pp. 1-10).

Este principio de prueba en cuanto se vea vulnerado genera la denominada “*ilicitud*” que afecta a medios y fuentes de prueba, es decir, puede resultar ilícita la prueba que se obtenga de una fuente a la que se ha tenido acceso de forma contraria a lo dispuesto en las normas (en la práctica es muy frecuente la obtención de pruebas claras y evidenciadoras de hechos delictivos que normalmente suelen ser obtenidas vulnerando los derechos fundamentales del acusado) o aquella prueba que se ha obtenido lícitamente pero se ha conservado sin guardar las debidas garantías (ruptura de la cadena de custodia, normalmente propiciada por la mala praxis de los agentes de policía encargados de remitir los atestados u objetos sustraídos del lugar del crimen, al juzgado competente) o, bien porque se haya pretendido incorporar algún medio como prueba al juicio sin respetar para ello, las normas procesales que se establecen para cada medio de prueba, que es lo que la jurisprudencia viene entendiendo como “*prueba irregular*” (esta prueba se ha obtenido sin vulneración de derechos fundamentales pero a diferencia de la ilícita, es susceptible de subsanación) (Banacluche Palao, 2015, pp. 298-301).

El origen de la teoría de la prueba ilícita surge del derecho anglosajón. El primer pronunciamiento que se produjo sobre esta materia lo realizó el TS estadounidense que entendió implícita en la IV enmienda de su Constitución, la prohibición de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Dicha teoría ha sido objeto de estudio y desarrollo progresivo y, actualmente es patrimonio de todos los ordenamientos jurídicos occidentales (Del Moral, 2016, pp. 1-3)

Como dice Del Moral, “*la teoría de la prueba ilícita tiene su fundamento en una ponderación de valores en conflicto. Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a*

sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales que exige la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y en consecuencia prescindir del castigo y absolver a culpables en aquellos casos en que la prueba se haya obtenido de forma ilegítima, se opta por esto último” (Del Moral, 2016, p. 5)

Hay que tener presente que para que una prueba pueda entrar en el proceso es requisito indispensable que se haya obtenido de forma lícita, ello quiere decir que se haya obtenido con el debido respeto de los derechos fundamentales y siguiendo lo dispuesto en las normas. Puesto que, de lo contrario, podría ser impugnada de contrario y en ese caso el juez puede declararla nula, si procede, y expulsarla del resto de pruebas aplicables al caso.

En este caso, esta ilicitud se recoge de manera implícita en lo dispuesto en la LOPJ, en su art 11.1. 2º a cuyo tenor establece en relación a todo tipo de proceso, que: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

Son diversos los supuestos en los que una prueba puede ser declarada como ilícita por el juez debido a la percepción directa de la causa que lo motiva, pero hay otros en los que la ilicitud no resulta tan evidente (supuestos que se prevén como excepciones a la regla de expulsión que provoca la ilicitud), como en los siguientes:

1) Supuestos en los que la prueba se ha obtenido mediante una vulneración directa de un derecho o libertad fundamental recogido en la CE. Estos conocimientos que han sido obtenidos de forma ilegítima no pueden ser utilizados para sancionar al responsable de un delito, pero sí para poner fin a la situación existente de vulneración de otro derecho fundamental (como, por ejemplo, un secuestro) o para prevenir la comisión de nuevos delitos (intervención de la droga o desactivación de un explosivo). (Del Moral, 2016, pp. 6-7).

En estos últimos casos, la prueba no sería declarada nula en su totalidad, dado que, a pesar de que se ha obtenido mediante vulneración de derechos fundamentales, sin haberlo deseado se ha producido un *hallazgo casual* de otros hechos delictivos a los que el juez

no puede volver la vista. Se trata de un medio de prueba de la que, con independencia de que se haya producido por actuación ilícita, se podría haber tenido conocimiento del mismo si se hubieran empleado otros medios lícitos.

Salvo en el supuesto mencionado como excepción, en el resto de los supuestos la prueba será declarada nula de pleno derecho y será retirada del proceso por ser ineficaz.

2) Supuestos en los que la prueba obtenida ilícitamente acredita la inocencia del sospechoso, nos encontramos ante una *prueba exculpatoria*. Es ante este tipo de supuestos en los que las limitaciones a la prueba ilícita deberían ceder dado que en caso contrario se podría llegar a condenar a aquel que por medio de una prueba ilícita fue declarado inocente. Como reitera Del Moral, “*en este conflicto ha de prevalecer sin duda el derecho del inocente a no ser injustamente sancionado*” (Del Moral, 2016, p. 6-7)

3) En el caso en el que la vulneración de derechos fundamentales provenga de particulares y no de agentes de la autoridad, esta teoría de la prueba ilícita debería ser un poco más flexible ya que el incumplimiento de la prohibición proviene de un particular que no se haya sometido a ninguna limitación jurídica a diferencia de lo que ocurriría si hubiera sido un agente de la autoridad quien hubiere incumplido los requisitos legales para poner en práctica alguna diligencia restrictiva de derechos fundamentales. Al fin y al cabo, los particulares únicamente se hayan sometidos a la ley penal ordinaria. Por lo que se admite la excepción, tal y como viene admitiendo la doctrina jurisprudencial, en la STS 358/2014, del 7 de febrero: “*El acto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado*”.

4) En aquellos supuestos en los que la prueba, a pesar de que se hubiera obtenido con vulneración de derechos fundamentales del sospechoso, no se realizó con maldad alguna, en ese caso opera el principio de buena fe y no la teoría de la ilicitud de la prueba. Explica Del Moral que, en esos casos, “*siempre que esté claramente acreditada la buena fe, no deberá jugar la prohibición de utilización de la prueba en la medida en que no hay necesidad de disuadir de comportamientos realizados sin malicia ni culpa*” (Del Moral, 2016, p. 7). O en aquellos casos en los que el policía despliega una serie de acciones en

base a un mandamiento o autorización judicial que cree que es válido pero que acaba siendo declarado nulo.

Son varios los supuestos que se conciben como excepción a la teoría de la prueba ilícita; éstos y otros han surgido a raíz del desarrollo de la teoría en la doctrina jurisprudencial.

En este sentido cabe aclarar que solo procede la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente (mencionada anteriormente) cuando ésta afecta a derechos fundamentales, principalmente los recogidos entre los artículos 14 al 29 de la Constitución Española.

Este *principio de exclusión* lo abordaremos desde una doble perspectiva que recoge a su vez dos modelos que fundamentan este principio: (i) el primero de ellos, el modelo norteamericano, que se caracteriza por la regla de exclusión (*exclusionary rule*); y (ii) el segundo, modelo europeo-continental, que reconoce a este principio un componente no solo ético sino también constitucional.

i) La *Exclusionary rule* de la Corte Suprema de EE. UU, determina la expulsión del proceso penal de aquella prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental. Esta regla surge de la doctrina norteamericana a principios del S. XX y ha sufrido un notorio desarrollo hasta la actualidad. (Delgado Martín, 2016: 156).

Surgió a raíz del impacto que supuso la nueva orientación que se le dio a la IV enmienda, en cuanto al derecho a la propiedad privada; aunque actualmente la Corte Suprema ha querido incidir en que su fundamento principal es evitar que la policía lleve a cabo actuaciones ilícitas para la obtención de pruebas, es decir, un fundamento meramente disuasorio (el conocido como *deterrent effect*).

ii) Por el contrario, el modelo europeo-occidental tiene por fundamento el reconocimiento del Estado de derecho, caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, según la concepción del Profesor Ferrajoli (1995).

Esta regla comenzó siendo una garantía procesal de origen constitucional que garantizaba a su vez el derecho a un proceso con todas las garantías o también el conocido en la actualidad como el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.2 CE.

Ha sido a raíz de la evolución jurisprudencial que ha ido elaborando el TC sobre este punto, que ya no solo se trata de garantizar un proceso con todas las garantías, sino que trata de introducir las necesidades de disuasión en la actuación policial, limitando su aplicación y reconociendo en gran parte los principios que emanaron de la doctrina norteamericana.

En la actualidad, la doctrina jurisprudencial exige que esta teoría tenga en cuenta como uno de los factores determinantes en su aplicación, el nivel de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental, así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración. Significativas de esta nueva forma de razonamiento son las afirmaciones realizadas en la STC 81/1998, de 2 de abril, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la conocida como doctrina de la conexión de antijuridicidad, al concluir que “*ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*”. (Miranda Estrampes, 2010, pp. 10-15).

A raíz de lo anterior, se presenta la denominada como *conexión de antijuridicidad*, según la cual, para anular una prueba o expulsarla del proceso no será suficiente el hecho de que ésta mantenga una relación fáctica con una prueba ilícitamente obtenida, sino que deberá ser necesario que se produzca la efectiva transmisión jurídica de ilicitud de una prueba a otra (Banacloche Palao, 2015, pp. 299-300)

Esta figura genera una cierta confusión en la doctrina. Esta jurisprudencia hace referencia a la aplicación de la teoría norteamericana “la teoría del árbol envenenado” (*the fruit of the poisonous tree doctrine*, en su traducción en inglés).

La teoría americana del árbol envenenado viene a disuadir, siguiendo el objetivo principal emanado de la doctrina americana, las actuaciones ilícitas de los agentes de policía que, con el propósito de conseguir pruebas que relacionen al sospechoso con la causa y conseguir una mayor eficacia en la persecución de los delitos, acaban realizando actos que implican una vulneración de los derechos fundamentales.

Según esta teoría y tal y como afirma Banacloche Palao, *“si una prueba proviene de un árbol corrompido, todo lo que se obtenga de él también estará podrido y no podrá ser tomado en consideración por el tribunal enjuiciador”* (Banacloche Palao, 2015, pp. 299-300)

Tal y como afirma Del Moral *“Para desechar una prueba a causa de su contaminación por provenir de otra ilícitamente obtenida, es necesario que entre las dos se afirme la existencia de una conexión de antijuricidad que es algo más que el mero juicio hipotético de que la prueba derivada no se hubiese producido de no existir la ilícita”* (Del Moral, 2016, p. 28).

Respecto a esta cuestión el Tribunal Supremo en STS 1228/2017 de 3 abril ha señalado que *“[...] En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuricidad entre la prueba originaria y las derivadas”*.

“A su vez, para determinar si existe o no esa conexión de antijuricidad se estableció en la STC 81/1998, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las

comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.”.

6. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, cabe realizar las siguientes conclusiones:

- I. Los dispositivos de geolocalización, también conocidos bajo el término de *balizas policiales*, son un tipo de medida de investigación que permite a los investigadores obtener información sobre el lugar en el que se encuentra la persona u objeto sobre la que se haya instalado el dispositivo. Permiten conocer en todo momento la localización del sujeto en tiempo y lugar. Los medios más empleados son el dispositivo GPS y RFID, entre otros.

- II. Antes de la introducción de la nueva regulación de tales medios de investigación operada por LO 13/2015, esta medida de investigación carecía de regulación específica en la LECrim. Era una figura concebida por la jurisprudencia del TS como una diligencia de investigación legítima desde la función constitucional. Se reconocía como una práctica que podía emplear la policía en materia de investigación, sin ningún tipo de restricción judicial ya que no vulneraba ningún derecho fundamental.

- III. Con la introducción de la nueva reforma de la LECrim, que pretende reforzar las garantías procesales y evitar la posible vulneración de los derechos fundamentales se ha exigido que, para la aplicación de esta medida de investigación, las autoridades deben solicitar con anterioridad a la práctica de la medida, la autorización a la autoridad judicial competente, a fin de que sea ésta quien considere la procedencia de tal medida. El juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, deberá establecer los requisitos en los que se lleve la aplicación de la medida, siendo únicamente lícita en los términos expresados por éste y no en otros. Solo en supuestos notoriamente urgentes se puede aplicar de oficio por la policía, debiendo ésta comunicar al juzgado la situación planteada y los términos en los que se ha adoptado la práctica. Cabe destacar que solo será posible la adopción de estas medidas cuando el juez considere que son pertinentes y se adecuan a la necesidad de la situación presentada. Al término de la investigación, las autoridades deberán remitir al juez que la autorizó, los datos conseguidos, así como el medio que se ha empleado para la averiguación de los mismos.
- IV. La regulación expuesta, aplicada al caso concreto, nos permite afirmar que, si con anterioridad a la aplicación de estas medidas no se cuenta con la debida autorización judicial o no se cumplen los estrictos términos señalados por el juez en la autorización judicial, los datos obtenidos de la utilización de estas medidas de investigación serán nulos y no resultarán útiles para el proceso.
- V. Cuando se realice la práctica infringiendo los términos previstos por el juez ello conllevará la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas, no por los datos recabados en sí sino porque la medida no se ha aplicado en los estrictos términos para los que el juez la autorizó.
- VI. La LECrim regula dos figuras de colaboración por parte de particulares relacionadas con el presente caso. En general, la figura del colaborador policial se basa en una relación de colaboración recíproca entre autoridades y particulares, movida por el afán de recabar información útil de cara a un futuro proceso. En virtud de un beneficio mutuo para las partes, el colaborador se ofrece a prestar ayuda a las autoridades transmitiendo la información que éstas le solicitan y a

cambio, el delincuente obtiene un beneficio procesal por esa ayuda que ha suministrado.

- VII. La información obtenida de la colaboración de un particular únicamente será válida en el proceso si los agentes han seguido las instrucciones impuestas por la normativa solicitando del juez competente la debida autorización. La información obtenida en los casos en los que se cuenta con la debida autorización judicial que permita la colaboración resultará legítima y válida de cara a la averiguación de los hechos, pudiendo ser empleada como prueba dentro del proceso.
- VIII. Las figuras que más encajan en el prototipo de colaboración que plantea el caso son la del arrepentido y la del confidente. Son dos figuras propias que suelen darse en la práctica cuando se trata de organizaciones criminales.

El arrepentido es aquel sujeto que decide por su propia voluntad abandonar la organización, confesando los hechos en los que ha participado y manifestando a las autoridades su ánimo de colaborar en la detención y paralización de los delitos que realiza la organización a la que pertenecía. Solo en este caso, cuando se den los presupuestos que caracterizan a la misma y cuando el juez así lo motive en la sentencia, cabrá la posibilidad de que se le rebaje la pena que resultaría de aplicación en 1 o 2 grados.

Por el contrario, el confidente es aquel sujeto que no necesariamente se encuentra relacionado con el delito del que informa, ni tiene por objetivo confesar sobre unos hechos con el deseo de que se le rebaje la pena que se le pueda imponer o el mero abandono de la actividad delictiva, sino que su colaboración responde a otras ambiciones. A su vez, la doctrina establece que los datos recabados de estas figuras no se pueden emplear como medio de prueba sino como medida de investigación.

- IX. La ilicitud es una de las causas de inadmisión de prueba dentro del proceso y viene a significar que la prueba que haya sido obtenida contraviniendo la legalidad (vulneración de derechos fundamentales o incumplimiento de normas procesales)

o se haya obtenido lícitamente, pero sin guardar las debidas garantías de conservación, resultará declarada como nula o inválida y no será de aplicación al caso concreto.

La validez de la prueba viene determinada por los principios de legalidad y de licitud de la prueba. La teoría de la ilicitud tiene su origen en el derecho anglosajón, más concretamente en la doctrina del TS americano que fue el que se pronunció por primera vez sobre la invalidez de los datos que se obtuvieran de la aplicación de alguna medida de investigación que interfiriera en la propiedad privada del sujeto investigado.

De forma que, solo procederá la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente cuando ésta afecta a derechos fundamentales, principalmente los recogidos en la Constitución Española, sin perjuicio de los supuestos excepcionales recogidos por la doctrina. En la práctica, el criterio que más se emplea para fijar una prueba como ilícita es la determinación del grado de nivel de intencionalidad o negligencia grave con el que la autoridad o particular ha actuado en la violación del derecho fundamental, así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración.

- X. La teoría de la conexión de antijuridicidad establece que para anular una prueba o expulsarla del proceso no será suficiente el hecho de que ésta mantenga una relación fáctica con una prueba ilícitamente obtenida, sino que deberá ser necesario que se produzca la efectiva transmisión jurídica de ilicitud de una prueba a otra.

7. Resolución del caso práctico planteado

En base a las conclusiones a las que se ha llegado en el apartado anterior, conviene emplearlas de cara a la resolución del caso:

PRIMERO. - Autorización judicial: En el caso propuesto, dado que los agentes del SVA no solicitaron de la autoridad judicial la utilización previa para el uso de la baliza, debe reputarse como nula su utilización por infracción de lo prevenido en el art. 588 quinquies b) LECrim.

SEGUNDO. – Colaboración de un particular: es perfectamente válida la figura de colaboración que se da en el presente caso. El tripulante del barco que va a colaborar con la SVA a cambio de que se le eliminen los cargos que tenía de narcotráfico es una figura que se asemeja a la del arrepentido del art 376 LECrim, aunque no queda clara la voluntariedad del sospechoso de querer abandonar la actividad delictiva.

Los agentes actuantes carecen de potestad para asegurar la no prosecución o exclusión de cargos penales. Caso de llevarlo a cabo serían ellos quienes cometerían el delito de dejar de perseguir los delitos de los que tuviesen conocimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal, la acción penal es pública, persiste el principio de legalidad penal de exclusión del principio de oportunidad, lo que en el caso concreto impediría, asimismo, al Ministerio Público disponer de la acción penal y negociar la eventual acusación por un delito a cambio de información.

TERCERO. – Ilicitud de la prueba: los datos de geolocalización obtenidos por el SVA a través del dispositivo de localización implantado en la mochila del tripulante son prueba nula dado que para la obtención de los mismos no se ha recabado la debida autorización judicial. La injerencia de los derechos fundamentales en los términos expresamente referidos por el tribunal. Se vulneran los derechos fundamentales, no de los del colaborador, que voluntariamente accedió a colaborar con las autoridades, sino de los demás miembros de la trama criminal dado que en ningún momento se ha autorizado judicialmente al SVA a poder indagar en el espacio reservado a la esfera privada tanto del negocio de los criminales. Se vulnera así el derecho a la libertad de posicionarse en un lugar sin que las autoridades puedan saber del mismo, así como el de la intimidad, en el sentido de que sin el artefacto geo localizador los agentes nunca hubieran tenido conocimiento de la casa donde finalmente es trasladada la droga.

En el caso concreto, la eventual nulidad de la referida prueba podría dar lugar a la nulidad de toda la investigación y, con ello, del procedimiento, salvo supuesto de aplicación de la doctrina de la desconexión de antijuridicidad cuya concurrencia debería precisarse bien durante la propia instrucción, bien durante la fase de juicio oral o recurso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, (260), 1882-6036 (última revisión 06/12/2015). Recurso on-line, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>

Unión Europea. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, de 10 de octubre de 1979, (243), 1979/2421. Recurso on-line, disponible en:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html

España. Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, (311), 1978-31229. Recurso on-line, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (281), de 24 de noviembre de 1995, (1995-2544). Recurso on-line, disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Estados Unidos. La constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787. Recurso on-line, disponible en:

https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos

2. Manuales

Banacluche Palao, J. y Zarzalejos Nieto, J. (2015) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 3ª ED. LA LEY. Wolters Kluwer.

Gimeno Sendra, V., (2015) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1ª ED. Castillo de luna (ediciones jurídicas).

Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (2017) *Derecho procesal penal*. Valencia. 8ª ED. Tirant lo Blanch.

Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N. (2015) *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal en 2015*. Madrid. 1ª ED. Castillo de luna (ediciones jurídicas).

Delgado Martín, J. (2016) *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid. 1ª ED. LA LEY. Wolters Kluwer.

Zaragoza Tejada, J.I (coordinador), Bermúdez González, J.A, García Marcos, J., Peral Calleja, J., Tejada de la Fuente, E., Velasco Núñez, E., y Alberto Zaragoza Aguado, J. (2017): *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*. Navarra. 1ª ED. ARANZADI. Thomson Reuters.

3. Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional:

Estados Unidos. Corte Suprema. Estados Unidos contra Antonie Jones. Sentencia de 23 de enero de 2012. (565 US)

Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sección 2ª). Caso Uzun contra Alemania. Sentencia de 2 de septiembre de 2010. (-JUR 2010, 301139)

Jurisprudencia española:

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 610/2016 de 7 julio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 562/2007, de 22 de junio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 798/2013, de 5 de noviembre.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 523/2008, de 11 de junio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 55/2007, de 23 de enero.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 493/2014, de 10 de junio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 1301/2007, de 12 de julio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 834/2009, de 29 julio.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 358/2014, del 7 de febrero.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 81/1998, de 2 de abril.

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia nº 1228/2017 de 3 abril.

España. Audiencia Provincial de Madrid. (Sección 2ª). Sentencia nº 408/2017, de 19 de junio.

4. Artículos jurídico-científicos

Blázquez del Toro, L.M. (2010) *Sistema de identificación por radiofrecuencia*. Trabajo de investigación no publicado. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1-5. Disponible en: <http://www.it.uc3m.es/jmb/RFID/rfid.pdf> [consulta: 20 marzo 2018]

Rodríguez Lainz, J.L (2014) *GPS y balizas policiales*. Diario La Ley [En línea], (nº 8416) Sección Doctrina, pp. 2 – 10. Disponible en: http://0diariolaley.laley.es.cisne.sim.ucm.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAE2PQUvEQAYF_81cCtIW9DaXWvCy6OIW7lMaIPjTJ1k6o6_3qz1YCAk kO89Xj4L5jrhVezTdLUZoZA38DNlgI5goBsuMYU64edckEjMLPtWgNOCoxOdvd dtpxgvl2SNljHqptjSSB8IqK94bX9PUMoy0glOIAXAj704tVp999B392bHzArYNlow CpqVlvWkLQfPCNmtZ1jQnogF1L0EAZ_4ZaOowjvg7WpCfNdkl1_4v3AoImo-SzxuxgWdlwg-6qfR_8X6AXcaYIgUAQAAWKE. [consulta: 16 marzo 2018].

López Yagües, V. (2017) *Investigación de delitos sobre tráfico de sustancias y bienes ilícitos: circulación y entrega vigilada y dispositivos de seguimiento y localización*. Diario La Ley [En línea], (nº 9095) Sección Doctrina, pp. 13 – 40. Disponible en: http://0diariolaley.laley.es.cisne.sim.ucm.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAE2OQWvDMAyFf019MZS0pYwdfOl6GYwxtrC7YquJqGt3lpw1-_VT2sFqLCz0nj9r4plavEi7jmNyEI9eFrUpjlskg2oN5Jktpy7glbKLOHqQD7PKlcWSJ6 A7WQ7woRsKV49wc_Fhuwnoqv8Q47WUxSsAc7Uk8RAugoEJ8zk9Co22Y09pVOi pSsasweIv38Q5bW8JRymk6uLRWNQMeuWTz4ldbaggJcKcZ9W809jdhC5xqTS8Cym 7STLBDfkd3W8JC_X0GzgFBOOyg3JIXg9m2jZ719bDaNGbGwGtwn9RoLzUD98KI lNz8jFD-8QY9OF9fTHH0JfL6YmI46-bjq995dFVFeJ-mmGR_13YPge0RM4S_JL-6Z0HikAQAAWKE. [consulta: 20 marzo 2018].

Marchal González, A.N. (2017) *Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal*. Diario La Ley [En línea], (nº 9083) Sección Tribuna, pp. 2 – 7. Disponible en: <http://0diariolaley.laley.es.cisne.sim.ucm.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAE2OQWvDMAyFf019MZS0ZWQXX7JcBmOULeyuOEoi5kqZrWTNv5-z7DCBkPTeh3hfM8a1wbu6a0RPiQ5zUfQXtorxRixhvwfyYDGrElks2AC2p2GOYDs>

M1gv31CERbkWpIgeK9gJGcLRmrSy8HpzTZzRKLtJfYfSn3KfDXidIdTi3WnbacEWGlcyiR3Gas2bikJ4w5SBNMr3Kyw0gJjwBXf_SV3n6qbIdX4oy8eLWTCmDLgPGrZYZqRhfMmtO58QohvMKB7ZvIkR0jT3QTzDnef83_YDWr5met8u4ZH_KsQfEJAnL3F-MHo-57wEwBAAA=WKE. [consulta: 31 marzo 2018]

Marchal González, A.N (2016) *El confidente en el proceso penal*. Tesis doctoral no publicada. Toledo: Universidad de Castilla La Mancha. [En línea] pp. 1 – 90. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/16460/TESIS%20Marchal%20Gonz%C3%A1lez.pdf?sequence=1> [consulta: 30 marzo 2018].

Soto Rodríguez, M.L. (2012) *El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal*. Diario La Ley [En línea], (nº 7856) Sección Doctrina, pp. 1 – 10. Disponible en: http://0diariolaley.laley.es/cisne.sim.ucm.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAE1PS0_DMAzNcsIUtVuE4NDDnTlhtAEFXc38dqINBmJU9Z_j9tywJKf3-fXd8Y4t3gn9eIkxIg39GRHyZi9BKdNOgsJwYlxV0uS6yuVq5iaGHVMjnSCtgdHZBHk4PS488L7XrwdgyAt6cIUUafbBz6NqY0ZB0CVV7k66Yt0L0JTBNUGraonthC10qhQhGoz1zBEFAveOSR1FGsLPG0y2B7LB1xC3kdYY1bQIS_W43z8dxYQxMUF92p5fQjHYfnhlpY2fEKIeLtCj4sV5XN4uIN3uwvkvrynysH9unY14Xkdw4R27BsgPINDb_4uQV7MBdDWAEAAA==WKE. [consulta: 1 abril 2018].

Del Moral García, A. (2016) *La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura*. [En línea], pp. 1 – 10. Recurso on-line, disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20Garc%C3%ADa,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467. [consulta: 2 abril 2018]

Miranda Estrampes, M. (2010) *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. [En línea], pp. 1 – 20. Recurso on-line, descarga en formato PDF.

Disponible en: https://www.google.es/search?source=hp&ei=dQvhWuzcKsSqswHz14vgDQ&q=miranda+estrampes&oq=miranda+estrampes&gs_l=psyab.3..0i13k115j0i13i5i30k115.976.366

3.0.5040.18.17.0.0.0.0.147.1737.10j7.17.0...0...1.1.64.psyab..1.17.1732.0..0j0i131k1j0i10k1j0i10i30k1j0i30k1j0i13i10i30k1j0i13i30k1j0i19k1j0i13i30i19k1.0.LfB352hvXMo

[consulta: 5 abril 2018].

Villegas García, M.A. y Encinar del Pozo, M.A. (2017) *Validez de medios de prueba tecnológicos*. Diario La Ley [en línea], (nº 9005), Sección Dossier, pp. 1 – 16. Disponible en:

http://0diariolaley.laley.es/cisne.sim.ucm.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAE2OQU DMAyFf81yqYTSAdo45FJ6RAhBtbubmDQijUfilJVfj0c5YMny k9nZ39WzOuAFzYniMHhdOwmdEFKld1zhVHaBhtorirWr_fmCpqLImSutsBgEUwli M3h1sK71XYLIC7Mma9qrDggOMRivKDnO3imJiiK9YzPFBIYmnmEJHjhQ6iBvmc E50w9aan93vG8PasFcBDCn4DExqin46UmaN74gZDu9gEcjssDN1AOV9UTByefv1 7NdZZa8kdPmKRtI9sD4CBGT- vkB1AiS08iAQA AWKE. [consulta: 4 abril 2018].

Igartua Salaverría, J. (2007) *La función probatoria de las declaraciones efectuadas en sede policial. Una involucración doctrinal de la Sala 2ª del TS*. Diario La Ley. (Nº 6714) pp. 5 – 10. [consulta: 4 abril 2018].

5. Páginas web y artículos on-line

Universidad Camilo José Cela (2016) *Los dispositivos de geolocalización (GPS) en la LECrim, a partir de la L.O. 13/2015*. [En línea]. Disponible en:

<http://blogs.ucjc.edu/criminologia-iter-criminis/los-dispositivos-de-geolocalizacion-gps-en-la-lecrim-a-partir-de-la-l-o-132015/> [consulta: 17 marzo 2018].

Wikipedia (2018) *Sistema de posicionamiento global*. [En línea]. Disponible en:

https://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_posicionamiento_global [consulta: 17 marzo 2018].

Manso, J. (2017) *Absueltos los 30 acusados del caso Guateque tras anularse todas las pruebas*. [En línea] EL MUNDO 19 de junio, disponible en:

<http://www.elmundo.es/madrid/2017/06/19/5947ebd6ca474149158b4612.html>.

[consulta: 25 abril 2018].

EL ECONOMISTA (2018) *Información de Joaquin Hernandez Marugan de Madrid*. [En línea]. EL ECONOMISTA 26 de abril, disponible en:

http://administradores.eleconomista.es/Administrador_HERNANDEZ-MARUGAN-JOAQUIN.html. [consulta: 26 abril 2018].

Internet (2009) *Resumen de la sentencia norteamericana de EEUU contra Antonie Jones*. [En línea]. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/usJones.html>.

Anderson, N. y Marimow A. E. (2013) *Former D.C. nightclub owner Antoine Jones sentenced on drug charge*. [En línea]. The Washinton post 1 de mayo, disponible en:

https://www.washingtonpost.com/local/antoine-jones-pleads-guilty-to-drug-charge/2013/05/01/1109c268b27411e2bbf2a6f9e9d79e19_story.html?utm_term=.1119e866f1a. [consulta: 26 abril 2018].

WJLA Wahsington DC (2013) *Antoine Jones pleads guilty, accepts 15 years sentence*. [En línea]. WJLA Wahsington DC mayo, disponible en:

<http://wjla.com/news/local/antoine-jones-pleads-guilty-accepts-15-years-sentence-88229>. [consulta 26 abril 2018].

González Escudero, A. (2006) *Sinopsis artículo 18 de la Constitución Española*. [En línea]. Constitución Española, Congreso de los Diputados, octubre. Disponible en:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>
[consulta: 23 abril 2018].