
La fase de instrucción

PID_00266860

Teresa Armenta Deu

Con la colaboración de
Silvia Pereira Puigvert *

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 6 horas



Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.

Silvia Pereira Puigvert *

Profesora agregada de la Universidad de Girona y profesora colaboradora de la UOC.

* Ha realizado el tratamiento didáctico, resumen, actividades y glosario.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Jordi Garcia Albero (2019)

Quinta edición: septiembre 2019
© Teresa Armenta Deu, Silvia Pereira Puigvert
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	7
Objetivos	8
1. La instrucción (I): fase preliminar	9
1.1. El procedimiento preliminar. Sumario o instrucción: finalidad general y variedades	9
1.1.1. Modalidades de instrucción en los procesos penales en España	9
1.1.2. Naturaleza jurídica de la instrucción	10
1.1.3. Normas generales de la instrucción	10
1.1.4. Contenido de la fase instructora	11
1.1.5. Competencia e intervención de las partes	11
1.1.6. Tiempo de la instrucción	12
1.2. Iniciación del procedimiento: la denuncia y la querella	14
1.2.1. La denuncia	15
1.2.2. La querella	15
2. La instrucción (II): desarrollo del sumario o diligencias previas	17
2.1. La inspección ocular	17
2.2. El cuerpo del delito	18
2.3. Determinación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales	19
2.3.1. Diligencia de reconocimiento	19
2.4. Declaraciones de testigos	21
2.4.1. Medidas de protección de testigos	22
2.5. Declaración del investigado/encausado	22
2.6. Careo	23
2.7. Informes periciales	24
2.8. Identificación del encausable y de sus circunstancias personales	24
2.8.1. La edad	25
2.8.2. La conducta y los antecedentes	25
2.8.3. La capacidad mental	25
2.9. Diligencias para determinar el daño y el responsable	25
2.10. Otros actos de investigación	26
2.10.1. Circulación o entrega vigilada de estupefacientes	26
2.10.2. Actuación de agentes encubiertos	26
2.11. Orden europea de investigación	27

2.12. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada o preconstituida	29
3. La instrucción (III): medidas limitativas de derechos fundamentales	31
3.1. Entrada y registro en lugar cerrado	35
3.1.1. Efectos probatorios o no de las diligencias practicadas	37
3.2. Registro de libros y papeles	37
3.3. Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica	38
3.3.1. Definición y regulación legal	38
3.3.2. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales	38
3.4. Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE)	38
3.4.1. Disposiciones comunes	38
3.4.2. Medidas en concreto	39
3.4.3. Medidas de aseguramiento: orden de conservar datos, plazo, deber de colaboración y de secreto	41
3.5. Inspecciones e intervenciones corporales	41
3.5.1. Ejecución y control de la medida	43
3.5.2. Efectividad de la medida	43
3.6. Algunas medidas concretas	44
3.6.1. Las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado	44
3.6.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas	45
3.6.3. Las llamadas "intervenciones leves": cacheos y prueba de alcoholemia	46
3.6.4. La videovigilancia: filmación de lugares públicos	47
4. Medidas cautelares	49
4.1. Finalidad y presupuestos	49
4.1.1. Algún apunte específico sobre las medidas cautelares en el proceso penal	49
4.1.2. La ausencia de una ordenación legal de medidas cautelares alternativas: el goteo legislativo (breve referencia a la orden de protección integral)	50
4.1.3. Presupuestos de adopción de las medidas cautelares	54
4.1.4. Características de las medidas cautelares	55
4.2. Medidas cautelares personales	55
4.2.1. La citación	55
4.2.2. La detención (arts. 489 a 501 LECrim)	56
4.2.3. Prisión provisional	59
4.2.4. La libertad provisional	65

5. Orden europea de investigación.....	69
Resumen.....	71
Actividades.....	73
Ejercicios de autoevaluación.....	73
Solucionario.....	74
Abreviaturas.....	75
Glosario.....	76
Bibliografía.....	77

Introducción

En este módulo se estudia la fase inicial del proceso penal, denominada genéricamente *fase de instrucción*.

Durante esta fase procesal, que se inicia a partir del momento en que el órgano competente tiene conocimiento de la perpetración de unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal, se intenta averiguar esos hechos y la identidad de su autor, además de preparar y asegurar la fase del juicio oral.

La complejidad de la fase instructora está determinada por factores de diversa naturaleza, pero especialmente por la posibilidad de que, durante ésta, se puedan limitar o restringir derechos fundamentales. Esta situación se puede producir o bien por la necesidad de practicar determinadas diligencias de investigación, o bien por la necesidad de adoptar medidas cautelares que tienden a asegurar la celebración del juicio oral y el cumplimiento de una eventual sentencia de condena.

Éste es uno de los principales aspectos objeto del módulo, pero no el único.

En primer lugar, se estudia la fase de instrucción de manera general, incidiendo tanto en los posibles modelos que se pueden adoptar como en las diferencias que esta fase presenta en los principales procesos penales vigentes. A continuación, se explican las formas en que se puede iniciar el proceso penal y las diferencias entre cada una de ellas.

De manera concisa (lo cual necesariamente implica que hay que acudir al texto de la LECrim para profundizar más en la materia) se exponen las diversas diligencias investigadoras previstas en el ordenamiento jurídico. Para una mejor exposición, se distinguen entre aquellas que pueden afectar a derechos fundamentales y aquellas que no inciden en este sentido.

Finalmente, se dedica una lección al estudio de las medidas cautelares. A este respecto vale la pena resaltar la regulación sobre medidas cautelares, la prisión provisional y la incidencia de las medidas limitativas de derechos fundamentales, incorporadas en las dos reformas de 2015 y algún aspecto concreto de las nuevas medidas de investigación tecnológica.

Objetivos

Este módulo didáctico permite la consecución de los siguientes objetivos:

- 1.** Iniciar el estudio de la dinámica del proceso penal.
- 2.** Conocer las finalidades de la fase de instrucción.
- 3.** Conocer las modalidades de la fase de instrucción en los principales procesos penales.
- 4.** Saber cuáles son los mecanismos de iniciación del proceso penal.
- 5.** Familiarizarse con las diligencias de investigación previstas en la LECrim.
- 6.** Distinguir las diligencias limitativas de derechos fundamentales y sus requisitos, generales y específicos.
- 7.** Entender cuál es el valor probatorio de los diferentes actos de investigación y la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba.
- 8.** Conocer las diferencias entre "prueba anticipada" y "prueba preconstituida".
- 9.** Conocer los mecanismos que permiten poner de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales en el proceso.
- 10.** Comprender las finalidades de las medidas cautelares; conocer los requisitos, generales y específicos, de las medidas cautelares.
- 11.** Aprender el régimen legal de las medidas cautelares.
- 12.** Profundizar en el conocimiento de los derechos de la persona sometida al proceso penal.

1. La instrucción (I): fase preliminar

1.1. El procedimiento preliminar. Sumario o instrucción: finalidad general y variedades

A tenor de la definición en el procedimiento ordinario por delitos graves:

"constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

Art. 299 LECrim

En términos generales, por tanto, pueden diferenciarse tres finalidades:

- a) Averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser su autor y su culpabilidad.
- b) Preparar, en su caso, el juicio oral.
- c) Asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho.

1.1.1. Modalidades de instrucción en los procesos penales en España

En el juicio ordinario por delitos graves

En el juicio ordinario por delitos graves, a partir del citado art. 299 LECrim, no se diferencia una fase previa al inicio del sumario. Ello no impide, sin embargo, que los artículos 282 a 298 LECrim contemplen diversos quehaceres de la Policía. Ahora bien, precisamente porque no se trata de una fase procesal, el art. 297 LECrim prescribe que las manifestaciones de la Policía Judicial vertidas en el atestado y el contenido de éste tendrán el valor de mera denuncia a efectos probatorios. En otros términos, la ausencia de las garantías propias de la prueba –especialmente, la de que ésta ha de tener lugar en el juicio y ante un órgano jurisdiccional– impide de plano otorgar otro valor a tales cometidos.

Ejemplo

El atestado debe remitirse al Juzgado con un informe de las detenciones anteriores y de las requisitorias dictadas, en su caso (Art. 292.II LECrim).

En el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido

La Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, y de modificación del procedimiento abreviado, de 24 de octubre de 2002, distingue dos situaciones:

a) Aquella en que la instrucción se entiende casi como innecesaria o extremadamente breve¹, a la que se seguirá el procedimiento de enjuiciamiento rápido, a tenor de los arts. 795 ss. LECrim.

⁽¹⁾Art. 795 LECrim.

b) Aquellas cuestiones correspondientes al ámbito objetivo de aplicación del procedimiento abreviado, que por diversos motivos, precisan de una instrucción más o menos compleja².

⁽²⁾Arts. 757 a 779 LECrim.

En otros procedimientos

En cuanto a otros procedimientos, el juicio por delitos leves carece de esta fase y el procedimiento ante el Tribunal del Jurado presenta una serie de peculiaridades que examinaremos en la lección correspondiente.

1.1.2. Naturaleza jurídica de la instrucción

Acerca de la naturaleza jurídica de la fase de instrucción, existen dos direcciones contrapuestas:

1. Aquella que le asigna carácter procesal.
2. Aquella que la concibe como una actividad administrativa.

Los argumentos a favor de su naturaleza administrativa

Opera el que, aunque se dirija por un órgano judicial, se realice en gran medida por órganos administrativos (la Policía Judicial) y el que las resoluciones sean revocables (Viada). En contra, se defiende la existencia de actividades innegablemente jurisdiccionales en la fase de instrucción, como el auto de procesamiento o la imputación, la adopción de medidas cautelares personales y reales, la práctica de actos de investigación limitadores de derechos fundamentales, el aseguramiento de las pruebas o la resolución de recursos (Gómez Orbaneja, Ortells).

1.1.3. Normas generales de la instrucción

a) Cada delito debe ser objeto de un sumario, salvo los conexos que podrán acumularse e instruirse en un sólo proceso.

b) La instrucción debe formarse ante el Letrado de la Administración de Justicia, como depositario de la fe pública judicial³.

⁽³⁾Art. 321 LECrim.

c) Como regla general, las actuaciones sumariales se desarrollaran en la sede oficial del Juzgado, sin perjuicio de aquéllas –bastantes– que sólo pueden realizarse fuera, incluso por delegación.

d) Son hábiles todos los días y horas⁴.

⁽⁴⁾Art. 201 LECrim.

e) Las diligencias sumariales son en principio secretas para terceros, con las excepciones previstas en la ley⁵.

⁽⁵⁾Art. 301 LECrim.

1.1.4. Contenido de la fase instructora

En una relación sin ánimo de exhaustividad, las actividades de instrucción abarcan:

- actos de ejercicio de la acción penal y de resolución sobre la misma;
- actos de iniciación del procedimiento diferentes a la querrela, la denuncia, el atestado y la iniciación de oficio;
- actos de investigación consistentes en buscar y examinar las fuentes de prueba, así como asegurar tales fuentes, limitando en ocasiones derechos fundamentales (entradas y registros, intervención de la correspondencia o de la comunicación telefónica);
- actos de imputación;
- actos para adoptar, modificar o extinguir medidas cautelares;
- actos de prueba anticipada, excepcionalmente.

1.1.5. Competencia e intervención de las partes

Será juez competente el juez de instrucción del lugar del delito, el que corresponda por reparto (en los lugares donde hay varios) o aquel ante el que se acumulen procesos conexos (art. 17 LECrim). A ello habrá que añadir los supuestos especiales antes estudiados (así por ejemplo los delitos que instruyen los Juzgados Centrales de lo Penal –terrorismo, tráfico de drogas interterritorial– o el Tribunal Supremo –aforados–), o aquellos en que tiene que actuar "el juez de prevención"⁶, o un juez comisionado⁷.

⁽⁶⁾Art. 307 LECrim.

⁽⁷⁾Art. 310 LECrim.

Ejemplo

Los Juzgados Centrales de lo Penal instruyen, por ejemplo, en materia de terrorismo, tráfico de drogas interterritorial. El Tribunal Supremo lo hace, por ejemplo en casos de aforados.

En cuanto a la intervención de las partes, dependerá de cuál de ellas se trate y del modo en que se tenga conocimiento de la *notitia criminis*.

El **Ministerio Fiscal** ostenta en la fase sumarial una situación claramente privilegiada como órgano público y acusador oficial.

1) Como **acusador oficial**, le corresponde, en este sentido, una función inspectora del transcurso de este periodo procesal⁸, así como no le afecta la declaración de secreto del sumario⁹.

⁽⁸⁾Arts. 306 y 308 LECrim.

⁽⁹⁾Art. 302 LECrim.

2) Desde una segunda perspectiva, como **parte pública**, interviene desde el inicio en el sumario, proponiendo todas las diligencias que estime oportunas. Y recuérdese aquí, que tal petición es vinculante¹⁰, en tanto la proveniente de las restantes partes acusadoras se somete a la decisión de juez¹¹.

(10) Art. 780.2.I LECrim.

(11) Art. 780.2.II LECrim.

El acusador popular y el particular, una vez constituidos como partes, pueden solicitar también diligencias que deberán ser practicadas, salvo que se estimen inútiles o perjudiciales, pudiendo intervenir en las mismas¹², y siempre que no se haya declarado el secreto del sumario¹³.

(12) Arts. 311.I; 312; 771.1ª *in fine* y 776.3, de la LECrim.

(13) Art. 302.2 LECrim.

(14) Art. 320 LECrim.

El actor civil ve limitada su intervención a la práctica de diligencias que se encaminen a asegurar la efectividad de la responsabilidad civil¹⁴.

En cuanto al investigado, está obligado a comparecer si le cita el juez, pero no a declarar¹⁵; y, si no comparece, se dictará orden de detención (requisitoria)¹⁶ en la vía nacional u orden de europea de detención u orden internacional¹⁷.

(15) Artículos 24.2 CE y 520.2. a) y b) LECrim.

(16) Artículo 487 LECrim.

1.1.6. Tiempo de la instrucción

Incluir un plazo para la instrucción siempre ha existido, concretamente un mes según figuraba en el art. 324 LECrim. Su evidente inoperancia se pretende sustituir en la reforma de 2015 por otros plazos, de una parte, más realistas y, de otra, que aúnen las exigencias de la averiguación de los delitos con otras derivadas de instrucciones interminables difícilmente cohonestables con exigencias del proceso debido. Claro que el peligro de cumplir estrictamente los mismos es la impunidad cuando la investigación quede cortada sin haber llegado a resultados que permitan abrir el juicio oral. Con el objetivo de aminorar dicho riesgo se establece un plazo básico de 6 meses para "asuntos sencillos" y la posibilidad de prórroga para los complejos con un límite máximo infranqueable, así como una "cláusula de plazos" (como denomina la Exposición de Motivos) excluyendo que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones, fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa.

(17) Artículos 835 y 784.4 LECrim y LO 2/2003 y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (arts. 34 a 62).

En concreto el régimen legal queda como sigue:

1) Regla general

Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de 6 meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas¹⁸. Esta regla opera en las causas no complejas.

(18) Art. 324.1 LECrim.

2) Causas complejas y posibilidad de prórroga

No obstante, antes de expirar este plazo, el instructor a instancia del MF y previa audiencia de las partes, podrá declarar la *instrucción compleja*, en cuyo caso el plazo de duración será de 18 meses.

Para declararla compleja deberán concurrir circunstancias sobrevenidas que impidan razonablemente completar en el plazo de los 6 meses o que concurren alguna de las circunstancias que la hacen "compleja" por figurar en los 7 apartados del art. 324,2,III LECrim.

Las *investigaciones son complejas* en los siguientes 7 casos, cuando:

- a) recaigan sobre grupo u organizaciones criminales;
- b) tengan por objeto numerosos hechos punibles;
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas;
- d) exija la realización de pericias o colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis;
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero;
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo¹⁹.

⁽¹⁹⁾Art. 324,2,III LECrim.

En caso de investigación compleja el plazo se extiende a los 18 meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior, siempre a instancia del MF y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, el menos 3 días antes de la expiración del plazo máximo.

3) Interrupción de los plazos y reanudación del cómputo

Los plazos previstos quedarán interrumpidos por dos tipos de cuestiones:

- a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o
- b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Cuando se alce el secreto del sumario o las diligencias sean reabiertas, continuará la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar una prórroga excepcional²⁰.

(20) Art. 324,2,IV LECrim.

4) Prórroga excepcional y validez de las diligencias

Con carácter excepcional, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores, o en caso de prórroga, y concurriendo razones que lo justifiquen, el instructor, a solicitud del MF y previa audiencia de las partes podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción²¹.

(21) Art. 324,4 LECrim.

Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos²².

(22) Art. 324,7 LECrim.

5) Clausula de plazos

Para evitar que el transcurso del plazo pueda acarrear situaciones de impunidad indeseadas, se prescribe que en ningún caso el mero transcurso de los plazos fijados dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas para que proceda el sobreseimiento libre o provisional²³.

(23) Art. 324,8 LECrim.

1.2. Iniciación del procedimiento: la denuncia y la querrela

La *notitia criminis* puede llegar al conocimiento del juez a través de muy diversos medios:

a) Proveniente de terceros –mediante la presentación de una denuncia o de una querrela.

b) Por conocimiento del propio juez.

En cualquier caso, el órgano judicial está obligado a investigar y, si aprecia indicios racionales de delito, debe abrir la instrucción incoando el correspondiente auto de apertura del sumario o de diligencias previas, según el tipo de procedimiento que deba seguirse. Si, por el contrario, los hechos denunciados o que figuran en la querrela no son constitutivos de delito o el juez no se estima competente para instruirlos, podrá desestimar la querrela²⁴. Esta última resolución será recurrible²⁵.

(24) Art. 313.I LECrim.

(25) Art. 313.II LECrim.

Artículo 269 LECrim

El órgano judicial no está obligado a investigar en casos excepcionales de manifiesta ausencia de conducta delictiva o en que la denuncia aparezca como manifiestamente falsa.

1.2.1. La denuncia

Es la declaración de conocimiento, ciencia o voluntad, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal diferencia entre la forma en que hayan llegado a conocimiento del denunciante los hechos y la calidad de éste.

A través de la denuncia simplemente se da noticia a la autoridad de la comisión de un delito, pero no se ejercita la acción penal: por eso no se requiere ningún otro acto del denunciante, una vez interpuesta, ni que éste tenga que probar los hechos consignados en la denuncia, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a los delitos que hubiere cometido a través de la propia denuncia o con su ocasión²⁶.

1.2.2. La querrela

Es un acto procesal por el que se pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional la perpetración de unos hechos con caracteres de delito y, además, se ejercita la acción penal²⁷ lo que hace que el querellante se constituya en parte.

El artículo 277 LECrim condiciona la eficacia de la querrela al cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho precepto, cuya omisión provoca diversas consecuencias según su naturaleza:

a) si son meramente formales, son subsanables en aplicación de artículo 11.3 LOPJ, conforme al cual "los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto sea insubsanable o no se subsanase por el procedimiento establecido en las leyes".

b) si son esenciales y se trata de un delito público, la querrela tendrá el valor de una mera denuncia; si son esenciales y el delito es privado, la querrela se inadmitirá.

Tienen **capacidad para presentar la querrela** el Ministerio Fiscal²⁸ las personas jurídicas y las físicas que estén legitimadas para ejercer la acción penal, es decir, para ostentar la condición de partes acusadoras.

⁽²⁶⁾Art. 264.II LECrim.

Orden de protección integral

La solicitud de una orden de protección integral actúa como acto de denuncia de un hecho aparentemente delictivo (art. 544 ter LECrim). El solicitante, empero, no se constituye en parte.

⁽²⁷⁾Arts. 100 y 270 LECrim.

⁽²⁸⁾Arts. 124 CE, 3 y 4 EOMF y 271, 308 y 105 LECrim.

La admisibilidad **de la querella** se supedita a que se preste fianza²⁹, excepto si el querellante se encuentra en alguno de los casos de los artículos 281 LECrim. Asimismo, los extranjeros deberán o no prestar fianza con arreglo a lo suscrito en los Convenios de la Haya y a la reciprocidad.

(29) Art. 280 LECrim.

Examinada la concurrencia de los requisitos anteriores, si el juez estima procedente la querella, la admitirá y mandará practicar las diligencias que se hayan solicitado, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, que denegará en resolución motivada³⁰. Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas cabe recurso de apelación en un sólo efecto³¹.

(30) Art. 312 LECrim.

(31) Art. 311.II LECrim.

Admitida la querella, el particular queda sometido a todos los efectos al juez de instrucción o Tribunal competente. Podrá, no obstante, apartarse de la querella, quedando sujeto a las responsabilidades resultantes de sus actos anteriores³².

(32) Art. 274.II LECrim.

La **desestimación de la querella** procede en dos casos: porque el juez no se considere competente o porque los hechos no sean constitutivos de delito³³. Este rechazo no es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁴.

(33) Art. 313 LECrim.

(34) SSTC 61/82, 148/87, 238/88, 175/89, 297/94.

La admisión, finalmente, ocasiona una serie de efectos, como la litispendencia, y la interrupción de la prescripción de los delitos³⁵.

(35) Art. 114.2 CP.

2. La instrucción (II): desarrollo del sumario o diligencias previas

Acordada la formación del sumario, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el Libro II (Del Sumario) a la regulación de una serie de diligencias de muy diversa naturaleza, mezcladas sin mayor sistema con otros aspectos trascendentales de la fase de instrucción.

Para procurar un planteamiento más clarificador, se efectuará una breve relación del contenido de cada una de las diligencias de investigación.

Precisamente en relación con el valor que cabe otorgar a las diligencias que examinaremos seguidamente, surge la necesidad de adelantar o aclarar previamente la importante **diferencia** que existe **entre los actos de investigación y los actos de prueba**. Aunque ambos conducen a conocer los hechos relevantes para el proceso, los primeros, o bien no son realizados por un órgano jurisdiccional (Policía Judicial, Ministerio Fiscal), o, aún llevándose a cabo por el juez, se integran en la fase preliminar y, por ende, tienden a la finalidad propia de ésta (determinar si existe o no acción penal: hechos presuntamente delictivos y sujeto a quien imputarlos) y no a la probatoria; y se practican sin las necesarias garantías (publicidad, contradicción).

Cuestión diferente, aunque conectada con la anterior, es la necesidad de anticipar o preconstituir prueba en la fase instructora, aspecto que trataremos al final de esta lección. Antes corresponde examinar las diferentes diligencias que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en la etapa instructora.

2.1. La inspección ocular

Esta diligencia, recogida en los artículos 326 a 333 LECrim, tiene por finalidad que el juez tome conocimiento *in situ* de todo aquello que pueda estar en relación con la existencia y naturaleza del hecho delictivo.

La inspección ocular³⁶ guarda gran relación con las diligencias generales tendientes a conservar el cuerpo del delito, para su posterior utilización como prueba en el juicio oral³⁷. De hecho, al no poder reproducirse normalmente en el juicio oral, la inspección ocular se integra entre los casos típicos de prueba anticipada³⁸. A ello contribuirá la exigencia legal de su documentación⁴⁰ y la necesidad de que si existe ya alguna persona investigada o encausada en el momento de proceder a su práctica, pueda presenciarse sola o asistida por defensor³⁹.

⁽³⁶⁾También denominada *reconocimiento judicial*.

⁽³⁷⁾Art. 326 LECrim.

⁽³⁸⁾Art. 326.II y 333 LECrim.

⁽³⁹⁾Arts. 333 y en general 118 y 302 LECrim.

2.2. El cuerpo del delito

Bajo la rúbrica de "cuerpo del delito"⁴¹ la ley regula una serie de diligencias estrechamente relacionadas con la anterior, que se encaminan al conocimiento de si los hechos son constitutivos de delito, así como de cómo y cuáles son los objetos utilizados en su comisión y de las consecuencias que puedan derivarse.

⁽⁴⁰⁾Por escrito en el mismo acto de la inspección: art. 332 LECrim.

⁽⁴¹⁾Arts. 334 a 367 LECrim.

Integrado por los elementos que se citan en el art. 334 LECrim, el "cuerpo del delito" se identifica con la persona o cosa objeto del delito, distinguiéndose entre:

a) **Cuerpo material**, sobre el que aquél recae.

b) **Cuerpo accidental**, por el que se incorpora a los autos como pieza de convicción⁴².

⁽⁴²⁾STS 6 de febrero de 1982.

Su naturaleza es heterogénea, constituyendo a la vez medio y objeto de investigación. Medio, porque a través de él el juez puede averiguar importantes aspectos; objeto porque las materialidades que lo componen pueden, a su vez, estar sujetas a diligencias sumariales.

Diligencias sumariales

Diligencias sumariales: pericia, declaraciones testimoniales, reconocimiento judicial.

La ley diferencia entre diligencias directas de comprobación del cuerpo del delito de carácter general y otras específicas en atención al tipo de delito concreto.

1) Entre las **diligencias directas de comprobación del cuerpo del delito de carácter general** figuran:

a) El reconocimiento y descripción del "cuerpo de delito" *stricto sensu*⁴³.

⁽⁴³⁾Art. 335 LECrim.

b) La recogida, descripción, retención, conservación o destrucción del instrumento delictivo (arma, droga o cualquier otro instrumento, según el art. 334 LECrim).

c) El reconocimiento e informe pericial del cuerpo del delito (arts. 336 y 339).

d) La realización de análisis químicos o biológicos o la obtención de muestras biológicas, entre los que destacan por su significación para la identificación, las del ADN⁴⁴.

⁽⁴⁴⁾Art. 363.II LECrim en relación con el art. 326.III LECrim.

e) Las declaraciones testificales (art. 337).

2) Entre las **diligencias de comprobación del cuerpo del delito particulares**, en atención al delito, la LECrim señala:

a) Si se trata de muerte violenta o sospechosa de criminalidad: se practicará:

- El reconocimiento y descripción del *corpus criminis*⁴⁵.
- La identificación del cadáver y su levantamiento⁴⁶.
- La autopsia⁴⁷. En el procedimiento abreviado se exceptúa la necesidad de autopsia en el caso del art. 778.4 LECrim.

(45) Arts. 340 y 335 LECrim.

(46) Arts. 340-342 y art. 770.4º LECrim.

(47) Art. 343 LECrim y arts. 8 de la Ley de Registro Civil y 274 de su Reglamento.

(48) Arts. 350 a 352, 355 y 770, 1º; y 778.3 LECrim.

b) En caso de envenenamiento, heridas u otras lesiones:

- Se proveerá la asistencia facultativa a cargo del médico forense⁴⁸.
- Y, en su caso, al internamiento u hospitalización de la víctima⁴⁹.

(49) Art. 778.5 LECrim.

(50) Arts. 331 y 785.2 LECrim.

c) En caso de robo, hurto, estafa o similar, deberá aplicarse el art. 364 LECrim, atemperado por la interpretación jurisprudencial, que lo reduce a los supuestos en que hubiere duda sobre la preexistencia de la cosa objeto de sustracción⁵⁰.

De singular relevancia es el capítulo II bis (*De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales*) que abarca los artículos 367bis, 367ter, 367quáter, 367quinquies y 367sexies, todos ellos relativos a la destrucción, cadena de custodia de los efectos y realización de los "efectos judiciales definidos en el art. 367bis LECrim".

2.3. Determinación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales

2.3.1. Diligencia de reconocimiento

La diligencia de reconocimiento sirve para determinar si aquel a quien se atribuye participación en los hechos es, al menos a efectos de su posible imputación, merecedor de tal condición.

En caso de que el futuro investigado no esté presente, se presentan diversos métodos para su identificación, como el empleo de grabaciones, huellas dactilares, escritura, datos antropométricos o genéticos, pruebas de voz, entre otros.

La técnica dactiloscópica

La **técnica dactiloscópica** consiste en contrastar la huella dubitada encontrada en el lugar del crimen con las que se hayan en los archivos policiales de personas previamente fichadas, para valorar sus variedades morfológicas o puntos característicos. Para que la prueba tenga la eficacia deseada, al igual que las pruebas caligráficas, deberán poder ser sometidas a contradicción en el juicio oral.

Las grabaciones

En cuanto a **las grabaciones**, hasta la LO 4/1997, de 4 de agosto, nada disponía nuestro ordenamiento; sólo la jurisprudencia del TS en una sentencia de 6 de mayo de 1993 había distinguido entre grabaciones en lugares públicos y grabaciones en lugares privados, supeditando en las primeras el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen a los intereses de la persecución penal. A partir del citado texto legal se autoriza la instalación de videocámaras en determinadas condiciones⁵¹. La utilización de este instrumento identificativo se somete al principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima⁵².

⁽⁵¹⁾Arts. 3.1 a 4 LO 4/1997.

⁽⁵²⁾Art. 6 LO 4/1997.

La prueba de ADN

Su alto grado de fiabilidad ha extendido su práctica. A partir de la reforma de los arts. 363.II y 326.III LECrim se ha establecido la base legal para ordenar la obtención de muestras biológicas del sospechoso indispensables para determinar su perfil de ADN, permitiendo con tal fin los actos de inspección y reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados. Como medida limitativa de derecho fundamental que es, el análisis de los presupuestos que deben concurrir en su adopción, así como las garantías para su posterior incorporación al proceso, se analizan en el tercer apartado de este módulo.

Recuérdese, por otra parte, la creación de una "Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN" a la que se encomienda una serie de funciones: a) acreditar los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres; b) establecer los criterios de coordinación entre tales laboratorios; c) elaborar los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras; d) determinar las condiciones de seguridad en su custodia; así como, e) fijar las medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras,

Lectura recomendada

Por lo que respecta a la constitucionalidad de la prueba de ADN, podéis ver la importante STC 206/1996, de 16 de diciembre.

los análisis y los datos que se obtengan de los mismos (en este sentido, podéis ver la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN).

2.4. Declaraciones de testigos

Los testigos⁵³ son las personas físicas con la condición jurídica de terceros que declaran en el proceso penal ante el juez sobre hechos y circunstancias pasadas.

⁽⁵³⁾Arts. 410 a 450 LECrim.

Toda persona capaz tiene, en principio, el doble deber de comparecer al llamamiento del juez y de prestar declaración ante él, narrándole cuanto sepa acerca de un hecho delictivo. De forma excepcional, algunas personas se encuentran eximidas de alguno de estos deberes, o de ambos⁵⁴.

⁽⁵⁴⁾Art. 410 y siguientes LECrim.

Los testigos mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal⁵⁵.

⁽⁵⁵⁾Art. 433.IILECrim.

Los testigos que tengan condición de víctima del delito podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de las diligencias, salvo que se resuelva motivadamente lo contrario⁵⁶.

⁽⁵⁶⁾Art. 433.IIIILECrim.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el juez de instrucción podrá acordar, cuando la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del MF en los términos señalados en el artículo 433.IV LECrim.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba⁵⁷.

⁽⁵⁷⁾Art. 448.IIIILECrim.

El incumplimiento de los deberes de comparecer y de declarar está sancionado de diversos modos.

En primer término, con multa de 200 a 5000 euros. De persistir el incumplimiento del deber, el testigo podrá ser conducido por la fuerza pública a presencia judicial y podrá ser perseguido por el delito de obstrucción a la justicia con arreglo al art. 463 CP. Si se negara a declarar cabe, incluso, el procesamiento por desobediencia grave a la autoridad⁵⁸.

⁽⁵⁸⁾Art. 556 CP y art. 420 LECrim.

2.4.1. Medidas de protección de testigos

La LO 19/1994, de 23 de diciembre contempla la posibilidad de que, ya sea de oficio, ya a instancia de parte, se acuerden ciertas medidas de protección, frente a la concurrencia racional de peligro grave para la persona o bienes del testigo o de quienes estuvieren unidos a él por relaciones de parentesco o afectividad.

La intensidad de estas medidas varía en función de la fase del proceso. Así, durante la instrucción es posible mantener completamente oculta la identidad del testigo y su localización, además de procurarle la protección policial que requiera.

Sin embargo, abierta la fase de juicio oral, si se propone la declaración del testigo protegido, la parte contraria podrá solicitar tomar conocimiento de la identidad del testigo: en caso contrario, se estima que el derecho de defensa se vería limitado en exceso, pues el acusado no podría nunca poner de relieve ciertas circunstancias personales del testigo que podrían desacreditar su declaración.

2.5. Declaración del investigado/encausado

Si bien el art. 385 LECrim establece la facultad del juez instructor de requerir a los encausados para que presten cuantas declaraciones considere convenientes y el art. 387 LECrim precisa que cabe exhortarles a decir la verdad, la incidencia de la Constitución obliga a entenderlos derogados, en cuanto "ninguna persona puede ser obligada a declarar"⁵⁹ aunque esté detenida o presa, en tanto se ostenta el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable⁶⁰.

⁽⁵⁹⁾Art. 17.3 CE.

⁽⁶⁰⁾Arts. 24.2 CE y 520 LECrim.

Es más, el juez deberá advertir al investigado de que no está obligado a declarar en el sentido indicado. Asimismo, tras la reforma del art. 302 LECrim, los acusadores y los actores civiles tendrán derecho a presenciar la declaración del investigado o encausado, salvo que se haya declarado el secreto interno del sumario.

En el caso de persona jurídica investigada, la declaración se tomará al representante designado por ella, asistido de su abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad investigada y de las demás personas que hubieran podido intervenir.

A la declaración se aplicarán los derechos reconocidos⁶¹, incluidos el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, en lo que no sea incompatible con su propia naturaleza.

⁽⁶¹⁾Art. 120 LECrim.

La práctica ha consagrado la figura de la "**indagatoria**" –no contemplada legalmente– para diferenciar la declaración prestada por el investigado en los momentos iniciales de la instrucción de aquella primera que se le toma una vez se ha procedido a la declaración formal del procesamiento (que es la que en sentido estricto se denomina *indagatoria*⁶²).

⁽⁶²⁾Artículo 388 LECrim.

La declaración del investigado o sospechoso, si estuviere detenido, deberá realizarse en el término de veinticuatro horas, prorrogables⁶³, pudiéndose repetir cuantas veces lo crean necesario el instructor, el fiscal, los demás acusadores o el mismo declarante⁶⁴. No existe plazo para la indagatoria, sin embargo, cuando el investigado no está detenido⁶⁵.

⁽⁶³⁾Art. 386 LECrim.

⁽⁶⁴⁾Arts. 385 y 400 LECrim.

⁽⁶⁵⁾Art. 386 LECrim.

Las preguntas deberán ser directas, claras, precisas y conforme a la verdad y encaminarse a la averiguación de los hechos y la participación del interrogado y demás copartícipes.

Si en las sucesivas declaraciones se producen discordancias o retractaciones, son interrogados sobre la razón de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación⁶⁶.

⁽⁶⁶⁾Art. 405 LECrim.

La confesión del encausado, si bien no excluye que el juez siga investigando, en aplicación del principio de la búsqueda de la verdad material⁶⁷, puede, no obstante, servir como indicio para enervar la presunción de inocencia si el juez así lo valora en atención al conjunto de elementos de juicio⁶⁸.

⁽⁶⁷⁾Art. 406 LECrim.

⁽⁶⁸⁾Art. 741 LECrim.

2.6. Careo

Se trata de una medida excepcional, como se deduce claramente del **art. 455 LECrim**, en virtud del cual:

"no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los encausados".

Se verifica ante el juez, quien manifestará las contradicciones e invitará a los careados a ponerse de acuerdo, siguiendo el artículo 452 de la LECrim. El Letrado de la Administración de Justicia diligenciará lo actuado en el artículo 453 de la LECrim.

2.7. Informes periciales

El informe pericial, (artículo 456 LECrim), es el dictamen realizado en torno a las circunstancias importantes para la investigación por personas con conocimientos científicos o artísticos especializados de los que el juez carece.

El **perito** puede ser una persona física o jurídica, pública o privada, titulada – como regla general– o sin titular⁽⁶⁹⁾.

En concreto, resulta frecuente la intervención de determinados organismos oficiales con un alto grado de especialización e importantes medios técnicos, como el Instituto Nacional de Toxicología, el Instituto de Medicina Legal⁽⁷⁰⁾ o los servicios de Policía Científica⁽⁷¹⁾.

El número mínimo de peritos es de dos en el proceso ordinario por delitos graves y de uno en el abreviado, si el juez lo estima suficiente.

2.8. Identificación del encausable y de sus circunstancias personales

Si a pesar de las diligencias practicadas, el juez tiene dudas respecto a la identidad del encausable, la LECrim contempla la posibilidad de la que denomina *diligencia de reconocimiento*, más conocida como **reconocimiento en rueda**.

Esta medida une para su práctica, a los requisitos señalados en los arts. 369, 370, 371 y 372 LECrim, otros derivados del derecho de defensa:

- La necesidad de que se desarrolle en presencia judicial, con asistencia del Letrado de la Administración de Justicia y de LAJ, salvo en los casos de alcoholemia (artículo 520 LECrim).
- La exigencia de que se practique con determinadas garantías: la rueda debe formarse por personas de circunstancias exteriores semejantes y repetirse a presencia judicial, si la primera se realizó en comisaría.
- El reconocimiento debe ser inequívoco.

La eficacia de la diligencia es la propia de su práctica sumarial; en consecuencia, deberá ser objeto de declaración testifical en el juicio oral, sometándose a contradicción y sirviéndole como complemento. Sin embargo, su legitimidad no se ve afectada por la muestra previa de fotografías a quien debe efectuar el reconocimiento⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾Arts. 457 y 458 LECrim.

⁽⁷⁰⁾Arts. 470 a 480 LOPJ.

⁽⁷¹⁾RD 59/1987 y Orden de 17 de febrero de 1998.

Ejemplo

Pensad en las diferencias existentes entre los análisis químicos, los tests psiquiátricos, los exámenes grafológicos, etc.: arts. 328, 336, 339, 343, 348, 351 o 356 LECrim.



Según la LECrim, la identificación de la persona procesable por un delito, en una diligencia de reconocimiento, debe realizarse ante el LAJ y el letrado.

⁽⁷²⁾STS de 20-6-86, 4-10-86, 11-2-87 y 11-3-87, entre otras.

2.8.1. La edad

En ocasiones, la edad del encausable puede ser trascendente para el proceso, especialmente cuando no está claro si éste es o no menor (pues de ello depende la aplicabilidad de un marco penal y procesal muy diferente). Para la acreditación de la edad, el Letrado de la Administración de Justicia traerá certificación de la inscripción de nacimiento del investigado en el Registro Civil o la partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro⁷³.

(73) Art. 375 LECrim.

Si la edad no pudiera determinarse por ninguno de estos medios y fuese necesario conocerla, su determinación se efectuará pericialmente, a través de las características físicas del investigado⁷⁴.

(74) Arts. 375 y 762.7ª LECrim.

2.8.2. La conducta y los antecedentes

Más que aportar datos para la identificación, existen ciertas diligencias que tienden a establecer la verdadera personalidad del investigado, a efectos de la pena que pudiera recaer en su caso.

El art. 379 LECrim faculta para la solicitud de certificación del Registro Central de Penados y Rebeldes.

2.8.3. La capacidad mental

Dado que la enajenación y el trastorno mental transitorio son circunstancias eximentes de la responsabilidad penal⁷⁵, el órgano judicial puede acordar la práctica de informes periciales dirigidos a determinar tales extremos. La pericia seguirá el procedimiento establecido en los arts. 456 a 485 LECrim.

(75) Art. 20 núm. 1º, 2º y 3º CP.

2.9. Diligencias para determinar el daño y el responsable

Si no se ha hecho reserva de la acción civil para su ejercicio a través de un proceso civil diferenciado del penal, la fase de investigación también tendrá que encaminarse a determinar el daño originado y la responsabilidad civil que de él deriva.

Estas diligencias, que abren la llamada "pieza de responsabilidad civil", no se contemplan de forma específica en la LECrim. Únicamente el art. 365 LEC se refiere a la peritación de los daños en los supuestos de delitos patrimoniales.

Generalmente se adoptarán como medidas cautelares para asegurar las citadas responsabilidades, por lo que se remite a la lección correspondiente su análisis.

2.10. Otros actos de investigación

2.10.1. Circulación o entrega vigilada de estupefacientes

La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre incorpora la "Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas" de 20 de diciembre de 1988 y con ella, un incremento de la reacción penal frente a las conductas citadas, estableciendo, entre otras, esta medida. Por otra parte, nuestro ordenamiento también incorpora el **Convenio de Schengen**, que regula el régimen de las entregas vigiladas de las sustancias citadas⁷⁶.

⁽⁷⁶⁾Art. 73 del Convenio de Schengen.

La medida consiste, sustancialmente, en permitir que remesas ilícitas de las repetidas sustancias circulen por territorio español o salgan y entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes, pero bajo su vigilancia, con la finalidad de conocer a sus destinatarios y poder así perseguir de forma más eficaz estas formas de delincuencia.

2.10.2. Actuación de agentes encubiertos

En la misma línea de promover una persecución más eficaz de la delincuencia organizada, se introdujo en 1999 el art. 282 bis LECrim que regula la investigación de agentes encubiertos.

La medida está reservada para la investigación de ciertos tipos de delito⁷⁷, siempre que se cometan de forma organizada, esto es, por una asociación de tres o más personas organizadas para delinquir permanente o reiteradamente.

⁽⁷⁷⁾Art. 282.bis 4 LECrim.

En esencia, se permite que agentes de la Policía Judicial actúen bajo identidad supuesta –facilitada por el Ministerio de Interior– y se infiltren en las organizaciones delictivas, para obtener información con la que lograr su desarticulación y la condena de sus miembros.

El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la policía judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos contemplados en el apartado 4 del artículo 282bis (obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplantes de los mismos; secuestro, prostitución, contra el patrimonio y el orden socioeconómico...) o cualquiera de los previstos en el artículo 588 ter a (dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; cometidos en el seno de un grupo u organización

⁽⁷⁸⁾Art. 282bis.6.I LECrim.

⁽⁷⁹⁾Art. 588 ter a) LECrim.

criminal o delitos de terrorismo⁷⁸ cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación⁷⁹.)

El *agente encubierto informático* necesitará una autorización específica para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos⁸⁰.

⁽⁸⁰⁾Art. 282 bis.6LECrim.

En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

2.11. Orden europea de investigación

1. Orden europea de investigación

Se trata de una resolución judicial emitida y validada por la autoridad judicial (Estado de emisión) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (Estado de ejecución) con el fin de obtener fuentes de prueba o pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución.

La OEI se ejecuta sobre la base del principio de reconocimiento mutuo.

Puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre) en el marco de los derechos de defensa del proceso penal nacional.

2. Ámbito de aplicación, tipo de procedimientos y contenido y forma de la OEI

El ámbito se extiende a todas las medidas de investigación, con la única excepción de un equipo conjunto de investigación y la obtención de prueba en dicho equipo, regulado específicamente.

Los tipos de procedimiento a los que se aplica están definidos en el art. 4.

La forma sigue el formulario que figura al final de la Directiva, donde constan los datos que se han de cumplimentar: del órgano emisor, objeto y motivo de la OEI, información sobre la persona afectada, descripción de la conducta delictiva objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables en el Estado emisor, descripción de las medidas que se solicitan y de las pruebas que se puedan obtener. Se indicará la lengua que cabe utilizar y acompañará en su caso la traducción (art. 4).

3. Procedimientos y salvaguarda en el Estado emisor y en el Estado receptor

El modelo funciona con un doble control de garantía: a) el primero en el Estado emisor, que analiza la necesidad y proporción de la OEI, y que transmite la OEI si entiende superada la valoración (arts. 6 y 7), y b) el reconocimiento y ejecución en el Estado de ejecución, que ponderará a su vez que la OEI se adecua a la Directiva y a sus principios fundamentales (art. 9).

Cabe acudir a medidas de investigación distintas si la medida no existe en el Estado de ejecución o en un caso interno similar (art. 10.1).

Si se cumplimenta y acepta, se transmite conforme al art. 7.

El «control de garantía en el Estado de ejecución» comprende el reconocimiento y ejecución, la posible negativa o adopción de medidas distintas, la práctica en tiempo fijado y el traslado de pruebas.

El Estado de ejecución puede denegar la OEI, conforme a lo previsto en el art. 11, pero también a determinadas medidas cuando no existan en el derecho nacional del Estado de ejecución (art. 10.2). La autoridad de ejecución podrá adoptar otras medidas de igual resultado; en este caso y el anterior, debe comunicarlo al Estado emisor, que podrá retirar o completar la OEI.

Cuando se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución, la medida de investigación se llevará a cabo con tiempos similares al derecho interno, con un máximo de 30 días, salvo la excepción contemplada en el art. 12.5. El traslado de las pruebas se efectuará sin demora ajustándose a lo dispuesto en el art. 13.

4. Recursos

Deben existir los mismos recursos que en el derecho interno, salvo los motivos de fondo que se impugnarán en el Estado de emisión. La confidencialidad puede frenar eventualmente la información sobre el recurso y su interposición (art. 14.1, 2 y 3). El recurso no tiene efectos suspensivos.

5. Confidencialidad y responsabilidad de los funcionarios

Deberán adoptarse medidas que garanticen la confidencialidad de la investigación, así como el fondo y los hechos de la OEI, salvo en lo necesario para ejecutar la medida de investigación, comunicándolo a la autoridad emisora en otro caso.

Los arts. 17 y 18 regulan la responsabilidad civil y penal de los funcionarios que participen en las labores de investigación.

6. Protección de datos personales y costes

En aplicación de la Directiva OEI, deben respetarse los datos personales de acuerdo con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, y con arreglo a los principios del Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional.

Los costes de ejecución corren de cuenta del Estado de ejecución, salvo pacto contrario con el Estado emisor (art. 21).

7. Disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación

Caracteriza a la OEI establecer unas normas concretas según la medida de investigación de que se trate. Seguidamente se citarán simplemente cada una de ellas y los preceptos que las regulan:

- a) Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (art. 22).
- b) Traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (art. 23).
- c) Comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (art. 24).
- d) Comparecencia por conferencia telefónica (art. 25).
- e) Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras (art. 26).
- f) Medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo (art. 27).
- g) Investigaciones encubiertas (art. 29).

8. Medidas cautelares

Se prevé la posibilidad de emitir una OEI para adoptar medidas cautelares que preserven la destrucción, la transformación, el desplazamiento, la transferencia o la enajenación de un objeto que pudiera emplearse como prueba (art. 32.1). El procedimiento se desarrolla en los cuatro apartados siguientes de este último precepto.

2.12. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada o preconstituida

Como se ha señalado desde un principio, la instrucción o fase sumarial se encamina a averiguar y comprobar las circunstancias objetivas (hecho presuntamente delictivo y circunstancias) y subjetivas (presunto culpable) de la acción penal. Si concurren, y siempre que alguien sostenga dicha acción, deberá abrirse el juicio oral para en él desarrollar la actividad pública y contradictoria precisa para enervar la presunción de inocencia y pronunciar una sentencia condenatoria; o de no ser así, absolver.

Configurado así el proceso penal, la prueba de la existencia de la acción penal sólo puede producirse en el enjuiciamiento, esto es, en la fase de juicio oral.

Sobre unos principios, sustancialmente correctos, sentados por la LECrim en el art. 741 LECrim (sólo pueden ser valoradas como prueba las practicadas en juicio), la propia Ley cita una serie de excepciones (prueba anticipada) y la necesidad y la práctica han ido desarrollando una aplicación extensiva del mismo (prueba preconstituida), cuyo riesgo es la desnaturalización del repetido principio básico y la vuelta de hecho a que las actividades de la instrucción devengan determinantes⁸¹.

La llamada "prueba anticipada" consiste esencialmente en la práctica de un medio de prueba en fase de instrucción, esto es, en un momento previo anterior al que le corresponde, frente a la fundada previsión de que no podrá realizarse en el marco del juicio oral⁸².

Ejemplo

Ejemplos claros de este tipo de pruebas son los previstos en el art. 718 LECrim (declaración en el domicilio de testigo imposibilitado para comparecer en el local del juicio), en el art. 727 LECrim (inspección ocular que tenga que realizarse fuera de la capital donde tenga su sede el Tribunal), en el art. 727.II LECrim o en el art. 719 LECrim (testigo residente en el extranjero).

Junto a estos casos de "prueba anticipada" surgen otros denominados de "prueba preconstituida", en los que la excepción aparece ante la necesidad de coexistir diversos intereses: por una parte, evitar la impunidad y la búsqueda de la verdad material, garantizando simultáneamente que la prueba se practicará en el juicio y con todas las garantías; y por otra, articular un remedio ante determinadas diligencias que, siendo de imposible reproducción, se han desarrollado en la etapa instructora y naturalmente sin observar muchas de las garantías de una actividad encaminada a enervar la presunción de inocencia. Ejemplos de estos supuestos los ofrecen los actos limitativos de derechos fundamentales (entrada y registro, intervenciones de comunicaciones personales; la aprehensión de drogas, los croquis, el resultado de una videovigilancia, etc.). En todos estos supuestos, resulta innegable que si, por ejemplo, la droga debe destruirse, es irreproducible en el juicio la aprehensión y sus circunstancias (cantidad,

Ejemplo

En estas y otras circunstancias se fundan diversidades como la incidencia de los principios de oficialidad e inquisitivo, en la fase instructora, y dispositivo, de instancia de parte y de contradicción, en la fase de juicio oral. También justifica, en aras del acusatorio, la atribución de la dirección de ambas fases a jueces diferentes.

⁽⁸¹⁾ Ved la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

⁽⁸²⁾ Arts. 657.III, 777.2; 797.2, 350, 356, 467.II, 471 y 476, todos de la LECrim.

calidad, etc.). De ahí la necesidad de preconstituir la actividad probatoria en el seno de la misma instrucción, por una parte, y de incorporar el resultado a la fase de juicio oral, propiciando la necesaria contradicción, por otra.

En breve resumen final, cabe sintetizar que la valoración actual de los atestados policiales varía según el contenido de lo que se recoja en ellos:

- Si se trata de opiniones o informes de los investigados, aunque se les haya informado de sus derechos y estén asistidos de letrado, el atestado no tendrá más valor que el de una denuncia (y no tendrá eficacia probatoria).
- Si se trata de declaraciones de testigos, diligencias de reconocimiento en rueda o de otras semejantes, tampoco cabe atribuirles más valor que el de meras denuncias.
- Si se trata de dictámenes o informes prestados por gabinetes policiales, tendrán valor de verdaderas pruebas valorables conforme al art. 741 LECrim, en tanto se ratifiquen en la vista del juicio oral, con posibilidad de que las partes puedan pedir aclaraciones o formular observaciones.
- Si se trata de diligencias objetivas y de resultado incontestable (aprehensión en el lugar de los hechos de los delincuentes; supuestos en que son sorprendidos flagrantemente; ocupación o recuperación de los efectos o instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes), también deberán tener consideración de pruebas valorables conforme el art. 741 LECrim si se han cumplido las formalidades legales⁸³.

⁽⁸³⁾ STS 17 de mayo de 1988.

Ya en el plano del derecho positivo, la *Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por Ley 38/2002, de 24 de octubre contempla, para el procedimiento abreviado y para el enjuiciamiento rápido, sendos preceptos⁸⁴ donde incorpora la esencia de la doctrina recaída en materia de prueba anticipada:

⁽⁸⁴⁾ Arts. 772.2 y el 797.2 LECrim, respectivamente.

a) La documentación necesaria del medio de prueba⁸⁵.

⁽⁸⁵⁾ Arts. 777.2.II y 797.2.II LECrim.

b) La necesidad de su reproducción adecuada en el juicio oral⁸⁶.

⁽⁸⁶⁾ Arts. 777.2.III y 797.2.III LECrim.

c) La ya repetida incorporación de un segundo párrafo al art. 788.2 LECrim.

3. La instrucción (III): medidas limitativas de derechos fundamentales

Se agrupan en este apartado una serie de diligencias, de finalidad similar a las de investigación o cautelares, pero cuya característica propia reside en conllevar actuaciones limitativas de derechos catalogados como fundamentales.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha ido elaborando un cuerpo de doctrina, comúnmente aceptada, que actúa como guía general sometiendo la limitación de los derechos fundamentales a la concurrencia de una serie de presupuestos aplicables a todas las medidas limitativas de derechos fundamentales. Presupuestos que en su conjunto cumplen, además, una importante función de interpretación de la compleja regulación legal, cuando como sucede con frecuencia esta falta o resulta insuficiente, o deviene imprescindible coherencia las diferentes interpretaciones de los tribunales. Veámoslos:

- **Fin constitucionalmente legítimo de la medida.** La finalidad constitucionalmente legítima atiende al objeto de la medida que figurará en la norma habilitante y que debe acoger un fin aceptable según los parámetros constitucionales, como sucede pongamos por caso con la necesidad de investigar los delitos.
- **Previsión normativa** (principio de legalidad formal y material). A tenor de la llamada previsión normativa, cualquier restricción de derechos y libertades fundamentales, para ser legítima, debe estar prevista legalmente en la propia Constitución, en una norma legal habilitante o en la ley procesal correspondiente.

Esta categoría suele actuar como auténtica piedra de toque en medidas novedosas relacionadas con nuevas técnicas investigadoras a las que el ordenamiento procesal penal debe irse adecuando impidiendo vacíos legales, que pese al buen hacer general de los tribunales, provocan inevitablemente aplicaciones desiguales y situaciones de inseguridad jurídica. No es difícil encontrar ejemplos en los avances tecnológicos relacionados con las comunicaciones o avances científicos en materia de sanidad o investigación médica, como la relativamente reciente regulación de las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN (art. 326 LECrim, y DM 2008/615/JAI).

En el ámbito europeo la complejidad de las comunicaciones y su intervención se intenta acometer a través de un complejo entramado legal en el que destacan la "Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de enero de 1995". Las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN constituyen otro ejemplo recurrente, regulado recientemente en España a través de la modificación del art. 363 LECrim.

Ejemplos

- El derecho a la libertad: artículo 17.2 y 4 CE)
 - La inviolabilidad del domicilio: artículo 18.2 CE
 - El derecho de asociación: artículo 22.4 CE
 - El secreto de las comunicaciones: artículo 20.5 CE
-
- Adoptarse en el marco de un proceso, es decir, **jurisdiccionalidad**. Con arreglo a la jurisdiccionalidad, la medida ha de adoptarse por un órgano jurisdiccional y en el seno de un proceso. Deben existir indicios racionales de que los hechos se produjeron y además tales sospechas han de formalizarse en la correspondiente resolución procesal.
La **previa autorización judicial**, plasmada en una resolución motivada que desgrane la atención a la proporcionalidad, es requisito común en la jurisprudencia europea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la cabeza (SSTEDDHH de 25 de marzo 1998 (caso Kopp) y de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela).
 - **Necesidad cualificada de motivación**. La exigencia de motivación suficiente de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, por su parte, amén de ser un deber general consagrado para todo tipo de resoluciones, alcanza mayor intensidad cuando, como aquí sucede, las medidas adoptadas limitan un derecho fundamental o una libertad pública. Este requisito adquiere especial relevancia cuando la ley resulta especialmente parca y debe colmarse el vacío legal existente.
 - Estar sujeta al **principio de proporcionalidad *stricto sensu***. Resultado favorable del juicio de proporcionalidad centrado en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.
 - La idoneidad hace referencia, objetiva y subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente (entrada y registro para conseguir pruebas) como cuantitativamente (duración de la intervención telefónica).
 - La necesidad, también denominada como "alternativa menos gravosa", que compara y sopesa la medida restrictiva que se pretende adoptar en relación con otras posibles, conduciendo a adoptar la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos (la libertad provisional o la prisión provisional, por ejemplo, o la vigilancia en domicilio o la orden de no ausentarse).
 - La proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez examinada la concurrencia de los dos precedentes y conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando si el sacrificio de los derechos individuales que comporta la restricción guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal

que se trata de salvaguardar en casos de tensión entre la necesidad de limitar el derecho al honor para salvaguardar la libertad de expresión, o el derecho a la información en aras del interés de persecución penal.

- **Ejecución y control judicial de la medida.** La ejecución y control judicial de la medida supone la revisión del órgano jurisdiccional en la ordenación, desarrollo y cese de la intervención. Tal será el caso, en la intervención de las comunicaciones, por ejemplo, al exigirse que sea el propio juez quien materialmente escuche las cintas –siempre originales, no copias– y seleccione lo relevante, y muy especialmente, cuando haya de decidir sobre la prórroga de la intervención o cese de la medida. También implicará la orden de destruir la información irrelevante, o la necesidad de comunicar posteriormente la medida al intervenido, aunque haya resultado infructuosa y la entrega de las grabaciones originales una vez cumplida su finalidad, si bien estas dos últimas son objeto de un constante debate doctrinal. O en el caso de las intervenciones corporales, que exigirá en muchos casos su práctica limitada a personal sanitario, en centros médicos y conforme a la *lex artis* para no ocasionar riesgo para la salud, ni implicar trato vejatorio o degradante:
 - El control jurisdiccional comporta la necesidad de que este abarque desde la autorización de la medida y su ejecución hasta la salvaguarda efectiva de la cadena de custodia, para preservar, precisamente, que la fuente de prueba pueda convertirse en un medio de prueba valorable en juicio.
 - La cadena de custodia. Se refiere esta condición a que el control sobre la medida, no solo acabe en el órgano judicial, sino que hasta su incorporación al proceso mediante el medio de prueba adecuado se preserve dicha cadena de custodia. Tal es el caso, por acudir a la jurisprudencia española en el caso de "existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado", prescribiendo que el juez adopte u ordene a la policía judicial o al médico forense las medidas necesarias para su recogida o custodia y examen, garantizando su autenticidad y el respeto de la repetida cadena de custodia.

La concurrencia o ausencia total o parcial de alguno de estos presupuestos incide y mucho en la existencia de prueba ilícita, al margen de que la propia categoría de prueba ilícita se reserva en la mayoría de ordenamientos a la vulneración de derechos fundamentales y no a la de cualquier otro tipo de derecho. Los diferentes grados de ineficacia directa e indirecta se articulan en los distintos ordenamientos legales en atención a la relevancia de los requisitos cuyo quebranto se alegue, en un arco que va desde la nulidad a la mera irregularidad, conectándose como se verá después con la doctrina sobre la prueba ilícita.

Seguidamente se hará un breve resumen de los aspectos más significativos de cada una de estas medidas, centrándonos en los aspectos menos procedimentales.

La última modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal, singularmente de medidas intromisivas en la privacidad del investigado, incorporan un cuerpo de *principios y presupuestos* con vocación de aplicación general a toda medida limitativa de derecho fundamental (exposición de motivos), reordenando los expuestos, como sigue:

- principio de especialidad,
- idoneidad,
- excepcionalidad,
- necesidad y
- proporcionalidad,

y cuya concurrencia debe justificarse en la resolución judicial habilitante.

Que se respeten determina la validez del acto de injerencia a tenor del siguiente contenido:

- a) la especialidad, que comporta que se adopte para la investigación de un hecho concreto (evitando investigaciones prospectivas)
- b) la necesidad de una autorización judicial previa y
- c) la estricta sujeción a los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Con todo, en el ámbito de las medidas de investigación tecnológica, el principio general de "reserva jurisdiccional" consagrado en el artículo 588.1.bis a 1 LECrim contempla circunstancias específicas en las que se autoriza al MF e incluso a la policía a restringir derechos fundamentales del interesado por razones de estricta urgencia, concretamente:

- a) para la detención y apertura de la correspondencia postal o telegráfica⁸⁷;
- b) la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas⁸⁸;
- c) la utilización de dispositivos de seguimiento y localización⁸⁹; y
- d) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información⁹⁰.

⁽⁸⁷⁾Art. 579.3.

⁽⁸⁸⁾Art. 588 ter d 3.

⁽⁸⁹⁾Art. 588 quinquies b.4.

⁽⁹⁰⁾Art. 588 sexies c.4.

Cada excepción contempla las circunstancias específicas que justifican el "interés prevalente" (la vida o integridad física, *interés constitucional legítimo* o que se frustre la investigación, por ejemplo).

Se trataría, por ejemplo, del descubrimiento mediante por rastreo de un determinado código de identificación IMEI o IMSI de un dispositivo de comunicación, asociado a un secuestro o un atentado terrorista inminente, situaciones en las que no es posible pasar por la formalización de la solicitud de intervención de las comunicaciones o de registro de un sistema informático sin perder un tiempo especialmente valioso para impedir un resultado que puede ser muy grave. O en las mismas circunstancias el que se encuentre en el curso de un registro un ordenador cuya existencia se desconocía y en cuyos archivos puede estar almacenada información vital. Respecto de los dispositivos de seguimiento, un previsible cambio de vehículo o el encuentro del investigado con un tercero desconocido pueden aconsejar la inmediata instalación de otro dispositivo ante la imposibilidad de utilizar otras técnicas de vigilancia.

Su número supera las quince medidas y simplemente se hará referencia al concepto de la medida y los preceptos a que se sujeta su adopción.

Antes, empezaremos por la entrada y registro, la originalmente objeto de mayor atención legislativa.

3.1. Entrada y registro en lugar cerrado

Aunque la entrada y registro⁹¹ son en rigor dos diligencias diversas que pueden tener un sentido diferente –la entrada para buscar a alguien o algo localizado y el registro para localizar a alguien o algo– en la práctica suelen ir unidas, consistiendo en la penetración en un recinto aislado del exterior para buscar y recoger fuentes de investigación o la propia persona del encausado.

⁽⁹¹⁾ Arts. 545 a 572 LECrim.

El análisis de la medida parte del derecho contemplado en el art. 18 CE con el siguiente tenor:

"El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

A efectos de entrada y registro, tratándose de personas jurídicas investigadas, se considera⁹² domicilio el espacio físico que constituya el centro de dirección, tanto si es su domicilio social o un establecimiento dependiente.

⁽⁹²⁾ Art. 554,4º LECrim.

Una lectura de este precepto constitucional, del artículo 553 LECrim y de la amplia jurisprudencia recaída en torno a esta diligencia permite distinguir hasta cinco casos en que la entrada en lugar cerrado no constituye delito, ni precisa de orden judicial:

1) Cuando el titular consienta la entrada y/o el registro en su domicilio: para ello se exige que la autoridad que vaya a realizar la diligencia solicite el permiso de manera expresa y formal, que lo preste persona capaz⁹³ de manera consciente y libre, sea de manera expresa, tácita o presunta⁹⁴, y siempre que quien consienta sea el titular del domicilio.

⁽⁹³⁾Art. 566 LECrim.

⁽⁹⁴⁾Art. 551 LECrim.

2) Cuando exista mandamiento de prisión contra una persona y se trate de realizar su captura.

3) Cuando alguien sea sorprendido en flagrante delito.

4) Cuando una persona inmediatamente perseguida por la Policía Judicial se oculte o refugie en alguna casa.

5) Cuando se trate de la persecución de terroristas o rebeldes.

A los mismos cabe añadir, de manera excepcional, la posibilidad de efectuar entradas y registros sin autorización judicial durante los estados de excepción y sitio, conforme al art. 13.2 a) LO 4/1981, de 1 de junio.

Fuera de estos supuestos y con matices diversos según se trate de domicilios o edificios o lugares públicos, toda entrada y registro deberá reunir una serie de requisitos:

1) Competencia

La competencia para autorizar la entrada y registro corresponde por regla general al órgano competente para instruir la causa⁹⁵. Excepcionalmente puede adoptarla el órgano enjuiciador⁹⁶ o la propia Policía, si concurren los presupuestos de urgencia y excepción⁹⁷.

⁽⁹⁵⁾Art. 18.2 CE.

⁽⁹⁶⁾Arts. 546 y 550 LECrim.

⁽⁹⁷⁾Art. 553 LECrim; art. 55.1 CE; arts. 17, 32.3 y 34 LO 4/1981.

2) Formales

La resolución judicial deberá, en razón del bien jurídico afectado, adoptar la forma de auto.

Si la entrada fuera en edificio o lugar público, no siempre es necesaria la autorización, bastando en ocasiones el mero aviso⁹⁸. Incluso en cuanto a la necesidad de auto, salvo en el supuesto de existir causa pendiente⁹⁹, la jurisprudencia admite que se practique sin autorización judicial.

⁽⁹⁸⁾Arts. 564 y 565 LECrim.

⁽⁹⁹⁾Arts. 546, 564.II y 565 LECrim.

3) Temporales

Se practicará de día, salvo circunstancia urgente¹⁰⁰ y siempre que el interesado preste el consentimiento para continuar de noche el registro que comenzó de día. De no mediar éste, se suspenderá la diligencia, adoptándose las medidas de los arts. 570 y 571 LECrim.

⁽¹⁰⁰⁾Arts. 546 y 550 LECrim.

Si se trata de edificios o lugares públicos, puede practicarse de día o de noche indistintamente¹⁰¹.

⁽¹⁰¹⁾Art. 546 LECrim.

3.1.1. Efectos probatorios o no de las diligencias practicadas

En la mayoría de supuestos, la medida en general y la entrada y registro, en este caso, busca, amén de la investigación o comprobación de un hecho determinado, poder fijar un hecho de manera incontestable, de forma que lo obtenido a través de la diligencia pueda ser valorado como prueba preconstituida. En definitiva, no sólo se persigue la comprobación de un hecho punible, sino preconstituir la prueba de forma que, cumpliéndose determinados requisitos, pueda fijarse a efectos probatorios, sin la preceptiva reproducción en la fase oral o de enjuiciamiento.

Esta posibilidad, plenamente aceptada por la jurisprudencia a través de la vía del art. 730 LECrim, queda condicionada al estricto cumplimiento de los requisitos de la actividad probatoria, distinguiéndose diversos **grados de ineficacia** según cuáles de aquellos pudieran incumplirse.

Se distinguen tres categorías: prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular.

Ved también

Podéis completar lo que hemos estudiado aquí con lo que se ha expuesto en el módulo "El juicio oral".

3.2. Registro de libros y papeles

El artículo 575 LECrim prescribe, en primer término, el deber general de exhibición de "objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa", bajo apercibimiento de multa y eventualmente procesamiento por desobediencia a la autoridad; salvo que por su conducta quien se negara a ello mereciera la calificación legal de encubridor o receptor¹⁰².

⁽¹⁰²⁾Arts. 23.2, 296 y 197 CPM; y 451, 454, 556 y 298 CP.

Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la diligencia de entrada y registro de libros y papeles, a cuya práctica se aplicará lo dispuesto sobre entrada y registro domiciliario¹⁰³ con las especialidades señaladas en el art. 574 LECrim.

⁽¹⁰³⁾Art. 576 LECrim.

Si el libro que es objeto de registro es el protocolo de un notario se procederá según lo dispuesto en la Ley del Notariado; si forma parte del Registro de la Propiedad se acudirá a la Ley Hipotecaria; si forma parte del Registro Civil o Mercantil, a las leyes correspondientes¹⁰⁴.

⁽¹⁰⁴⁾Art. 578 LECrim.

3.3. Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica

3.3.1. Definición y regulación legal

La medida tiene su ámbito objetivo de aplicación limitado a los delitos señalados en el artículo 579.1 LECrim y su adopción debe atenerse a lo dispuesto en los artículos 579 a 588 LECrim.

3.3.2. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales

El resultado de la detención y apertura de la correspondencia podrá ser utilizado en otro proceso penal, así como los descubrimientos casuales si se cumplen los siguientes presupuestos:

- a) Se deducen testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimación de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso: la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que lo acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.
- b) La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando en el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.

3.4. Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE)

La reforma, centrada en esta materia tan determinante en una parte importante de la criminalidad, ha incorporado un elenco de reglas generales con vocación de norma general para toda medida limitativa de cualquier derecho fundamental. Su enumeración precederá a la cita de cada una de ellas.

3.4.1. Disposiciones comunes

Las disposiciones comunes son:

1) Previsión legal con suficiente precisión¹⁰⁵ y STEDH (caso Valenzuela).

⁽¹⁰⁵⁾Art. 545 a 588 septies c LEC.

2) Resolución judicial motivada que contenga los pormenores fijados en el artículo 588 bis b) LECrim.

3) Adopción que se atenga a los principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad, anteriormente referidos.

4) Duración determinada de la medida y en su caso de la prórroga.

5) Posibilidad de adoptarla en secreto¹⁰⁶ (sin necesidad de que se declare el secreto del sumario) y eventual afectación a terceras personas (art. 588 bis h)LECrim).

(106) Art. 588 bis d.

6) Control judicial durante toda la medida, su cese; y destrucción de los registros¹⁰⁷.

(107) Art. 588 bis g)LECrim.

7) Utilización de la información obtenida en algún procedimiento¹⁰⁸.

(108) Arts. 588 ter j)LECrim.

8) Borrado y eliminación de las grabaciones originales una vez haya terminado el procedimiento y eventual copia¹⁰⁹.

(109) Art. 588 bis k)LECrim.

3.4.2. Medidas en concreto

Las medidas en concreto son:

a) Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas¹¹⁰.

(110) Art. 588 ter a) a f) LECrim.

La autorización solo cabe cuando la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, y 3) delitos de terrorismo o los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación [art. 588 ter.a) LECrim].

La medida tiene un alcance limitado, establecido en lo señalado en el art. 588 ter.b) LECrim.

Además de los requisitos generales expuestos, se deben cumplir: a) identificación del número del abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; b) identificación de la conexión objeto de la intervención, o c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

La duración máxima inicial de la intervención, computada desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de 18 meses [art. 588 ter.g) LECrim].

b) Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad¹¹¹

(111) Art. 588 ter, e) a m) LECrim.

Medida prevista para cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, la Policía Judicial deba tener acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de un delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario; en cuyo caso, solicitará del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración [art. 588 ter.e] la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso [art. 588 ter.k) LECrim].

c) Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos¹¹².

⁽¹¹²⁾Art. 588 quater a) a e) LECrim.

Se trata de la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que mantenga el investigado en la vía pública u otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado [art. 588 quater.a) LECrim].

d) Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización¹¹³

⁽¹¹³⁾Art. 588 quinques a) a c) LECrim.

Medida limitada a determinados delitos, los señalados en el art. 588 quater.b) LECrim, y al control judicial de la medida [art. 588 quater.c) LECrim].

e) Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información¹¹⁴

⁽¹¹⁴⁾Art. 588 sexies a) a c) LECrim.

Medida dirigida a dos objetivos: la captación de imágenes y el seguimiento y localización, cuya finalidad es facilitar la identificación, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para esclarecer los hechos.

Obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que no haya otra forma de evitar que se reduzcan de manera relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación [art. 588 quinques.a) LECrim]. Y,

Cuando se trate del *seguimiento y localización*, el contenido es la utilización de dispositivos o medios técnicos al efecto, que deberán ser autorizados expresamente.

La duración de la medida de seguimiento y localización tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Caben prórrogas excepcionales por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de 18 meses, por razones suficientemente justificadas [art. 588 quinquies.c1 LECrim].

f) Registros remotos sobre equipos informáticos¹¹⁵

⁽¹¹⁵⁾Arts. 588 septies a) a c) LECrim.

Consiste en la utilización de datos de identificación y códigos, así como en la instalación de un *software* que permita, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o bases de datos.

Como en otros casos, solo puede adoptarse en la investigación de determinados delitos, aquellos contemplados en el art. 588 septies.a)1 LECrim.

3.4.3. Medidas de aseguramiento: orden de conservar datos, plazo, deber de colaboración y de secreto

En clara conexión con la eventual volatilidad de la información en muchas de las medidas a las que se ha hecho referencia, y con la necesidad de cohesitar la urgencia de la situación y la necesidad (como principio rector de estas medidas) de obtener autorización judicial con carácter previo, se contempla la posibilidad de adoptar "medidas de aseguramiento".

Conforme a las mismas, el MF o la policía judicial podrá requerir a cualquier persona, física o jurídica, la conservación o protección de datos o informaciones concretos incluidos en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que obtengan la autorización judicial correspondiente para su cesión, conforme a lo dispuesto en los diferentes supuestos legales vistos previamente. El plazo de conservación es de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días¹¹⁶.

⁽¹¹⁶⁾Art. 588 octies, I y II LECrim.

El requerido está obligado a prestar colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia, quedando sujeto a la responsabilidad por desobediencia¹¹⁷.

⁽¹¹⁷⁾Art. 588 octies III LECrim.

3.5. Inspecciones e intervenciones corporales

A falta de una configuración legal concreta, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y concretamente, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, diferencia entre: inspecciones e intervenciones corporales, como actos de inves-

⁽¹¹⁸⁾Art. 18.1 CE.

⁽¹¹⁹⁾Art. 15 CE.

tigación que afectan, en el caso de las inspecciones y registros corporales, a la intimidad personal¹¹⁸ y en el de las intervenciones corporales al derecho fundamental a la integridad física¹¹⁹.

Objeto

a) Actuaciones, denominadas **inspecciones y registros corporales** (entre los que se encuentran los electrocardiogramas, los exámenes ginecológicos o las inspecciones anales) en los que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, pero en los que sí puede verse afectado el derecho a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad.

b) Actuaciones, calificadas como **intervenciones corporales**, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (como los análisis de sangre, orina o pelos) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC), que, también con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible, implican una lesión o menoscabo del cuerpo.

Presupuestos

Como toda medida limitativa de derechos fundamentales, debe someterse a la concurrencia de:

Previsión normativa (principio de legalidad)

A partir de la SSTC 207/1996 y 49/1999, al tiempo que se requiere al legislador para que cubra el vacío legal para adoptar estas medidas, señalan que a pesar del mismo, la práctica coactiva de las mismas resulta lícita siempre y cuando se hayan cumplido los demás presupuestos de legitimidad constitucional.

La reciente regulación de las intervenciones para la obtención del perfil de ADN alienta la confianza en una pronta regulación general.

Jurisdiccionalidad

La medida se adoptará en el seno de un proceso abierto y a través de una resolución jurisdiccional, cuya motivación de suficiente cuenta del juicio de proporcionalidad, en el sentido que seguidamente se señala.

Esta idea primera se ve atemperada en determinados supuestos en que la urgencia, por ejemplo, autorice a que al fiscal o a la Policía Judicial se les reconozca competencia para autorizar la medida¹²⁰. No obstante, la práctica actual sólo

⁽¹²⁰⁾SSTC 234/1997; 70/2002 y 123/2002.

autoriza determinadas medidas, como el requerimiento para el sometimiento a una prueba radiológica ante la sospecha fundada de transporte de droga en el cuerpo y siempre que concurra el acuerdo del sometido a la prueba¹²¹.

(121) SSTS, de 2 de octubre y 5 de diciembre de 2000; de 29 de enero, 9 de febrero o 5 de noviembre de 2001, entre otras.

Proporcionalidad

Se comprenden aquí, **a)** el juicio de idoneidad; **b)** que no exista otro medio igualmente o más adecuado pero menos lesivo; y **c)** proporcionalidad *strictu sensu*, esto es, que se supera el juicio en atención al cual la adopción medida responde a un equilibrio entre interés general alcanzado y la lesión producida.

a) La idoneidad objetiva y subjetiva determinará que la medida sólo se adopte sobre aquel sobre el que recaen fundadas sospechas, aunque no se exija una imputación formal. Y que lo sea en el marco de la investigación ya abierta, sin que quepan actuaciones preventivas con tal contenido.

b) La adecuación vendrá dada tanto por la relevancia de la información que se obtenga para la resolución del caso investigado cuanto porque idéntico objetivo no se obtenga con menor lesión a través de otro medio.

c) Para que la medida adoptada guarde proporción entre la intromisión en el derecho fundamental afectado y la finalidad perseguida, se utilizan referencias como los indicios que recaen sobre el sujeto concreto o la gravedad de la pena, no sólo, en este último caso, en cuanto delito perseguido con pena muy alta, sino en atención al bien jurídico protegido o la alarma social que origine.

3.5.1. Ejecución y control de la medida

La ejecución de las medidas debe respetar los derechos fundamentales en juego y la dignidad de la persona, sin que pueda ocasionar en todo caso riesgo para la salud del sujeto pasivo de la misma, ni implicar un trato vejatorio o degradante¹²².

(122) SSTC 7/1994 y 207/1996.

Por el mismo fundamento, algunas sólo podrán practicarse por personal sanitario, en centros médicos y con arreglo a la *lex artis*.

El control corresponderá al órgano jurisdiccional que la haya acordado o a quien se hagan llegar las actuaciones conjuntas, en su caso.

3.5.2. Efectividad de la medida

Tratándose en la inmensa mayoría de los supuestos de diligencias para determinar la existencia del hecho punible y la participación del investigado, se tratarán de pruebas preconstituidas, de manera que tendrán que haberse practicado conforme a las exigencias de contradicción e inmediatez, pudiendo

incorporarse al juicio oral mediante la lectura de su documentación. De no ser así, en el juicio oral se procederá a la exposición contradictoria de los informes periciales.

Si las medidas no son proporcionadas con los derechos afectados, vulnerándolos, la propia fuente de prueba será ilícita y la información que proporciona no podrá ser tenida en cuenta, ni cabrá su reproducción a través de otro medio de prueba.

3.6. Algunas medidas concretas

La novedad legal incorporada y la especificidad de algunas medidas aconsejan dedicar un apartado específico para destacar sus aspectos más novedosos o discutidos.

3.6.1. Las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado

Presupuestos

a) Previsión legal

Acogiendo finalmente el llamamiento al legislador ordinario para rellenar la laguna legal existente¹²³, la reforma del Código penal de 25 de noviembre de 2003 añadió un segundo párrafo al artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporando la previsión legal que exigía el principio de legalidad formal, si bien referido estrictamente al marco de las intervenciones para determinar el perfil del ADN del investigado.

⁽¹²³⁾SSTC 37/1989, FJ 7 y 207/1997, FJ 4, entre otras muchas.

A través de dicha previsión legal se habilita al juez de instrucción para acordar la obtención de muestras biológicas del sospechoso, decidiendo la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

b) Resolución judicial motivada

La resolución a través de la que se adopte la medida debe ser una resolución motivada, esto es, adoptada por un órgano jurisdiccional, previa incoación de un procedimiento y para los efectos investigadores del delito que en se investiga en el mismo (*especialidad del hecho delictivo*) y formalmente adecuada al art. 245 LOPJ.

c) Proporcionalidad

Deben concurrir acreditadas razones que justifiquen la necesidad de obtención de muestras biológicas del sospechoso, que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN (necesidad, idoneidad y proporcionalidad *strictu sensu*).

Ejecución y control de la medida

La previsión legal se completa con la reforma del art. 326 LECrim, al que se añade un tercer párrafo, en orden a salvaguardar la recogida, custodia y examen de las muestras que se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad.

El juez de la instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense la adopción de las medidas tendentes tanto a la obtención como a recoger, custodiar y, en definitiva, salvaguardar su autenticidad a efectos de su posterior incorporación al proceso por la vía de la prueba anticipada o preconstituida.

La LO 10/2007 regula la creación, uso y medidas de protección de la base de datos policial de ADN.

3.6.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas

Reconocimientos médicos

Tienen el mismo contenido y finalidad de los cacheos y proceden ante el resultado infructuoso de aquél. Siendo actos de investigación de naturaleza pericial, integran el atestado y por ende tienen el mismo valor probatorio de aquél¹²⁴. Se exige, en todo caso, consentimiento expreso y libre, si no media la correspondiente autorización judicial. Deben existir indicios suficientes en la conducta del sujeto pasivo. La medida debe resultar imprescindible (no existir otro medio); ser practicada por personal sanitario adecuado y con arreglo a la *lex artis*¹²⁵.

⁽¹²⁴⁾Art. 297 LECrim; véanse, a efectos de la falta de cobertura legal, las SSTC 37/1989 y 7/1994.

⁽¹²⁵⁾STC 35/1996.

Análisis de sangre y exploraciones radiológicas

Los análisis de sangre, como medida limitativa que es, requerirá una resolución judicial motivada, así como el consentimiento del sujeto¹²⁶.

⁽¹²⁶⁾SSTC 114/1984; 103/1985; y 241/1992, y STS de 21 de junio de 1994.

Las exploraciones radiológicas, en cuanto se considera que no afectan a la intimidad de la persona, han originado una jurisprudencia contradictoria, que en alguna resolución exige la previa resolución jurisdiccional¹²⁷, en tanto en otra se entiende perfectamente prescindible¹²⁸.

⁽¹²⁷⁾STS de 10 de junio de 1998.

⁽¹²⁸⁾STC 37/1989.

3.6.3. Las llamadas "intervenciones leves": cacheos y prueba de alcoholemia

Los registros corporales externos

Cabe practicar un registro corporal *externo y superficial* de la persona, cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir a encontrar instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Se respetará los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por algunos de los motivos que figuran en el artículo 16.1.3 LSC, así como el de injerencia mínima, realizándose de modo que perjudique lo menos posible a la intimidad y dignidad de la persona afectada.

La persona deberá ser informada de manera comprensible sobre las razones de la injerencia, pudiendo llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹²⁹.

(129) Art. 20 LSC.

La práctica debe realizarse por un agente del mismo sexo y preservando la intimidad, cuando se exija dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, efectuándose en lugar reservado y fuera de la vista de terceros, salvo situaciones de urgencia¹³⁰.

(130) Art. 20 LSC.

Deberá dejarse constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que las adoptó¹³¹.

(131) Art. 20.2.b LSC.

La prueba de alcoholemia

Las actuaciones en que esta prueba consiste se encaminan a la prevención y comprobación de delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de automóviles¹³². La diligencia en cuestión consiste en la comprobación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo por medio de etilómetros y, subsidiariamente, la constatación de la tasa de alcohol en sangre mediante alcoholímetros.

(132) Art. 379.2 CP.

Si el resultado de la primera espiración es positivo o si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se somete al sujeto a una segunda prueba pasado un intervalo de diez minutos. El interesado puede optar por contrastar estas pruebas con análisis de sangre, orina o la que estime el personal facultativo más adecuado.

Si se tratase de las restantes sustancias mencionadas en el art. 379.2 CP, deberán llevarse a cabo los análisis correspondientes, sin perjuicio de las restantes medidas (inmovilización del vehículo, advertencia del posible contraste de resultados mediante análisis de sangre).

Sobre la práctica de la prueba de alcoholemia resulta ilustrativa la Circular número 2 /1986, de la Fiscalía General del Estado.

El Tribunal Constitucional en su STC 107/1985, de 7 de octubre, declaró la adecuación constitucional de la previsión normativa de la prueba.

La práctica de la medida no necesita de las garantías que para el detenido fija el art. 17.3 CE, ya que la situación de la persona sometida a la prueba de alcoholemia no es equiparable a la situación del detenido¹³³.

⁽¹³³⁾STC 107/1985.

La **obligatoriedad de someterse a la prueba** se adoptó en la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de marzo de 1973. Semejante es el criterio mantenido en la jurisprudencia del TEDH (S de 17 de diciembre de 1966 ("caso Saunders v. Reino Unido") y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/1961 y 8239/1978).

En el plano legislativo interno, el **Código penal de 1995** ha ampliado los términos obligatorios existentes anteriormente, de manera que en el vigente art. 383 CP (redactado según Ley 15/2007, de 30 de noviembre) se prescribe que si el conductor requerido por el agente de la autoridad se negare a someterse a este tipo de pruebas, será castigado con pena de prisión de 6 meses a un año.

Efectos de la medida como prueba preconstituida

La propia naturaleza de la medida hace que sea irreproducible en el juicio oral. Dicha circunstancia, unida a que la medida se realiza con instrumental técnico especializado, pone sobre la mesa las cuestiones ya citadas en el segundo apartado de este módulo respecto a "diligencias de valor incontestable" y "prueba preconstituida".

3.6.4. La videovigilancia: filmación de lugares públicos

La filmación de lugares públicos, regulada por LO 4/1997, de 4 de agosto, se concibe como una medida de carácter preventivo para proteger la seguridad ciudadana. No obstante, puede convertirse en acto de investigación, cuando a raíz de la misma se detecta la comisión de un delito o se contribuye a identificar a su autor.

Práctica de la medida

Informada en todo caso por el principio de proporcionalidad (idoneidad e intervención mínima), si la grabación de imagen y sonido muestra apariencia de delito, deberá ser remitida mediante el correspondiente atestado y el soporte original íntegro (art. 7.1).

Si la grabación es de un lugar privado, se deberá contar con la necesaria autorización judicial, con los requisitos de motivación y especificidad de los que se trató en la intervención de las comunicaciones, o con la autorización del interesado (art. 6.5).

Efecto probatorio

Por aplicación de la doctrina general ya señalada respecto de otras medidas, el resultado de la grabación en sí, incorporada al atestado, tendrá el mero valor de denuncia. Para alcanzar eficacia probatoria, deberá incorporarse al juicio oral y propiciar la necesaria contradicción, a través, por ejemplo de la declaración de los agentes que la realizaron.

4. Medidas cautelares

4.1. Finalidad y presupuestos

La obtención de la tutela judicial no resulta generalmente inmediata (y mucho menos en el proceso penal). Para que la resolución incida en la esfera jurídica de las partes, se precisa una serie de actos impuestos por el ordenamiento, que, previo desarrollo de un proceso, conduzcan a una resolución que debe hacerse efectiva. El tiempo, mayor o menor, pero en todo caso ineludible, que se necesita para alcanzar el citado efecto pone en riesgo la efectividad de la sentencia, a la par que puede ser utilizado para convertir aquélla en inejecutable u ocultar elementos necesarios para fundar la acción penal. Además, en el proceso penal, la ausencia del acusado, con alguna excepción, impide celebrar el juicio. Para conjurar dichos riesgos se articulan las medidas cautelares.

El fundamento específico de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal coincide en lo sustancial con el de las que se adoptan en el ámbito civil: se busca con ellas combatir el peligro en la demora que acarrea ineludiblemente el desarrollo del proceso y asegurar la ejecución de la resolución que en él recaiga. Sin embargo, no deja de haber algunas especificidades, derivadas fundamentalmente de la relevancia constitucional, que presentan determinadas medidas de carácter personal cuando inciden en derechos fundamentales, del principio de oficialidad y de la necesaria presencia del acusado en el juicio.

4.1.1. Algún apunte específico sobre las medidas cautelares en el proceso penal

Puede afirmarse que el fundamento específico de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal es combatir el peligro en la demora necesaria para que transcurra el proceso, asegurando con ellas el normal desarrollo del proceso, además de la eficacia y ejecución de la resolución que en él recaiga.

Así, las medidas cautelares ya no sólo servirán, como en el proceso civil, para garantizar la ejecución de la sentencia, sino que además deben tender a asegurar que la sentencia efectivamente pueda recaer (y esto proveyendo la necesaria presencia del acusado en aquellos casos en que ésta es indispensable para la celebración del juicio oral), que la sentencia que recaiga responda lo más posible a la verdad material de lo ocurrido (por lo que es necesario impedir la

ocultación de pruebas y obstrucción de la instrucción) y, aunque más discutido, que la vulneración del derecho que se pretende proteger no se prolongue durante el transcurso del proceso.

4.1.2. La ausencia de una ordenación legal de medidas cautelares alternativas: el goteo legislativo (breve referencia a la orden de protección integral)

Una de las cuestiones que se encuentra a faltar en nuestro ordenamiento procesal penal es una configuración legal de carácter general de las medidas cautelares y también la ampliación de las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un elenco de medidas específicas y, en todo caso, adecuadas para cumplir con el principio de idoneidad y de proporcionalidad. Algunas se han incorporado a textos normativos, como la Ley del Menor, pero restringidas a este ámbito, entre otras razones, por la preponderancia del "superior interés del menor" de manera exclusiva en este tipo de proceso; otras lo han hecho.

Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han previsto diversas medidas: la LO 13/2003, de 24 de octubre, de prisión provisional, regula el arresto domiciliario como medida sustitutiva de la prisión provisional (art. 508 LECrim) y la retención del pasaporte, como medida complementaria para garantizar la efectiva comparecencia de quien haya sido puesto en libertad provisional (art. 530 *in fine* LECrim).

Otras, como se ha señalado, se incluyen en la Ley del Menor (el internamiento en centro, la libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28 LORRPM), si bien con el carácter específico que hemos mencionado.

La denominada violencia de género ha originado una serie de medidas, contenidas en modificaciones específicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asimismo aplicables exclusivamente a este ámbito. Se trata de la "prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o comunidad autónoma", o "la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, etc.", contenidas en el art. 544 bis LECrim, y la denominada "orden de protección integral" del art. 544 ter LECrim.

Cuando se trate de la imputación de una persona jurídica cabe adoptar las siguientes medidas cautelares:

- La clausura temporal de los locales o establecimientos.
- La suspensión de las actividades sociales.

- La intervención judicial por plazos que no excedan de cinco años. Dicha intervención¹³⁴ podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

(134) Art. 33,7 CP y 544quarter LECrim.

Se percibe en conclusión la necesidad de una ordenación legal general de este relevante ámbito, que incorpore tanto unas reglas con el citado carácter como la relación de un catálogo no exhaustivo de las medidas que se pueden adoptar, en consideración al aspecto concreto que se quiere garantizar.

La "acción de protección integral" (breve mención)

Con esta medida, se persigue incorporar a nuestro ordenamiento una acción integral y coordinada que reúna el conjunto de medidas cautelares necesarias sobre el agresor, es decir, tanto las orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

A falta de un cuerpo legal donde se regule un estatuto jurídico procesal de la víctima, se han ido sucediendo modificaciones legales a diversas leyes que han cristalizado no en una norma de aplicación general sino en otra más específica circunscrita al ámbito de la violencia de género, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, Ley de Protección contra la Violencia de Género (LOVG) (LO 14/1999, de 9 de junio, modificada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP, donde se establece la "orden de alejamiento" para las víctimas a que se refiere el art. 57 CP; LO 15/2003, de 25 de noviembre, que reforma el art. 544ter LECrim, incorporando "la orden de protección"; y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que contempla por primera vez la PP como protección a las víctimas de la violencia doméstica).

De esta forma, en el sistema procesal penal español cabe hablar de diversos tipos de protección:

- Protección común u ordinaria de la víctima de cualquier delito (art. 13 y 544bis LECrim).
- Protección específica para las víctimas de violencia doméstica (art. 544ter LECrim).
- Protección "reforzada" para las víctimas de violencia de género (Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE) 4/2005).

Inicialmente, la violencia doméstica abarcaba la violencia de género, así como la ejercida sobre los ancianos (incluida la que tiene lugar en las residencias de la tercera edad), sobre menores, y la cometida por menores sobre ascendientes

y entre hermanos. La LOVG ha reducido el ámbito de la violencia doméstica al sustraer a esta última del círculo de protección de la violencia doméstica para tener el suyo propio.

Por violencia de género a efectos de la LOPVG ha de entenderse la cometida por hombres sobre mujeres (cónyuges o excónyuges, o bien vinculados por una relación análoga presente o pasada, con o sin convivencia). También se protege a los descendientes cuando se haya producido violencia de género.

De esta manera, la víctima de violencia de género obtiene un arco de protección integral: no judicial y judicial. Conforme a la protección no judicial se le reconocen los derechos siguientes:

- A recibir plena información y a un asesoramiento adecuado, a cargo de instituciones públicas.
- A recibir información sobre su situación personal como víctima de un acto contra la violencia de género, especialmente si es una mujer discapacitada.
- A la asistencia social integral, a cargo de instituciones de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, que se desglosa en derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo, de acogida y de recuperación integral en los términos explícitos del art. 19.
- Derecho laborales y de prestaciones de seguridad social.
- Derechos de carácter económico, consistentes en la posibilidad de percibir ayudas sociales específicas o incluso prioridad en para acceder a una vivienda protegida.

Entre los derechos concernientes a la protección judicial, cabe destacar las normas específicas de asistencia jurídica gratuita, que otorgan una especial rapidez en la obtención del beneficio del abogado defensor gratuito. A estos efectos resulta esencial la información que debe proporcionar la policía cuando reciba la denuncia.

Descendiendo ya al plano de la tutela penal, al amparo del capítulo IV, título V, el juez puede acordar:

- La orden de protección a que se refiere el art. 544ter LECrim (art. 62 LOVG).
- La protección de la intimidad de la víctima, especialmente de sus datos personales y establecer limitaciones a la publicidad de las actuaciones (art. 63 LOVG).

- La salida del domicilio, el alejamiento o la suspensión de las comunicaciones (art. 64 LOVG).
- La suspensión de la patria potestad o la custodia de los menores (art. 65 LOVG).
- La suspensión del régimen de visitas (art. 66 LOGV).
- La suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67 LOVG).

a) La legitimación para solicitar las medidas

El art. 61.2 LVG establece que las medidas se pueden solicitar: de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos o de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.

b) La víctima como parte en la Orden de Protección Integral (OPI)

Siendo como es la medida más frecuente y aquella cuya regulación es más paradigmática, examinaremos seguidamente la configuración del derecho a ser parte a través de la solicitud de una "orden de protección integral".

La legitimación para solicitar una OPI se atribuye a:

- La víctima.
- La persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art. 173.2 CP.
- Al Ministerio Fiscal exclusivamente.

También cabe que la solicite la "Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida". Incluso se sostiene que puede ser adoptada *ex officio* por el juez de guardia que conoce de un proceso por violencia doméstica, si aprecia que existe "una situación objetiva de riesgo".

La OP incorpora dos consecuencias de relevancia:

- La inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.
- El nacimiento del deber de informar¹³⁵ permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado, así como del alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, singularmente de la situa-

⁽¹³⁵⁾Art. 544ter, 9 LECrim.

ción penitenciaria del agresor, a cuyos efectos se dará cuenta a la Administración penitenciaria.

El incumplimiento de la OP es constitutivo del tipo penal de quebrantamiento previsto en el art. 468 CP. Si el incumplimiento acarrea, además, una nueva infracción de violencia doméstica, será aplicable el subtipo agravado de los arts. 153 o 173 CP.

c) La orden de alejamiento y otras medidas

La orden de alejamiento acoge tres posibilidades diferentes:

- La prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o CA.
- La prohibición de acudir a determinados lugares.
- La prohibición de comunicarse, con la graduación precisa, con determinadas personas.

Esta medida ha sido expresamente incorporada al ámbito de la justicia de menores en la reforma de 2006¹³⁶: prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

⁽¹³⁶⁾Art. 28.1 LORPM.

Entre las medidas civiles, el artículo 65 LVG dispone que el juez acuerde la suspensión de la patria potestad o de la guardia y custodia. El artículo 66 LVG dispone la suspensión del régimen de visitas del inculcado a sus descendientes. Como complemento, el artículo 544ter,7 LECrim señala que las medidas de carácter civil solo procederán cuando no hubieran sido previamente acordadas por un tribunal civil y tendrán una vigencia de 30 días tras la presentación de la demanda por el juez de lo civil. Ahora bien, en violencia de género, como el juez conoce también de los aspectos civiles, será el mismo juez de vigilancia quien resolverá¹³⁷.

⁽¹³⁷⁾Arts. 771 y 772 LEC.

4.1.3. Presupuestos de adopción de las medidas cautelares

Tradicionalmente se contemplan dos, que son definidos de la siguiente manera:

- a) Existencia de *fumus boni iuris*, que consistirá en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal y civil del sujeto sobre el que recae la medida.

b) Existencia de *periculum in mora*, encaminado a garantizar la efectividad del proceso y de la sentencia. Que exista peligro durante la duración del proceso se infiere de distintas circunstancias, según la naturaleza de la medida:

- Si se trata de **medida patrimonial**, el peligro en la demora se calculará según el riesgo de insolvencia o de indisponibilidad de algo específico (dinero, la cosa que hay que restituir, etc.).
- Mientras que en una medida de **carácter personal**, el *periculum in mora* se infiere, bien del peligro de fuga del investigado, bien de la ocultación de fuentes de prueba, o bien, excepcionalmente, de la reiteración delictiva.

4.1.4. Características de las medidas cautelares

De las medidas cautelares se predicen las siguientes:

- **Jurisdiccionalidad.** La medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, ya que es una manifestación más de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).
- **Instrumentalidad.** Las medidas no pueden configurarse como un fin en sí mismas, sino como mero instrumento para hacer efectivo el proceso y la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte.
- **Idoneidad.** Considerada por algunos más como presupuesto, supone la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable. Dicho en otros términos, la medida debe ser idónea para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia. Se dice en tal sentido que las medidas cautelares deben ser *homogéneas pero no idénticas*.
- **Proporcionalidad.** Supone que si es posible adoptar varias medidas, se debe adoptar la menos perjudicial, la que suponga un menor sacrificio de los derechos del investigado, siempre que se garantice una efectividad semejante.

4.2. Medidas cautelares personales

4.2.1. La citación

A tenor del **art. 486 LECrim**, la persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que proceda su detención.

El artículo 119 LECrim dispone que en caso de persona jurídica investigada, la citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad para que proceda a la designación de un representante, así como de abogado.

Esta orden de comparecencia, si no se alega causa justificada, deviene orden de detención si así lo decreta el órgano jurisdiccional¹³⁸.

(138) Art. 487 LECrim.

4.2.2. La detención (arts. 489 a 501 LECrim)

La detención es una privación de libertad, contemplada en la ley, que se efectúa para poner a una persona a disposición judicial. Existe un derecho fundamental a no ser detenido, salvo en los supuestos previstos legalmente.

Estos supuestos son los enumerados en los arts. 490 y 492 LECrim, en términos generales. A ellos cabe añadir algunos dispersos en disposiciones de diversa índole e imposible de reproducir aquí (en aplicación de la legislación sobre extranjería, por ejemplo).

La detención puede ser **comunicada o incomunicada**.

La diferencia entre una y otra, más allá de la diversa incidencia en los derechos de la persona, recae en la mayor limitación de los derechos del detenido, puesto que en el supuesto de la detención incomunicada se suspenden los derechos a comunicar su detención al Consulado, si es extranjero, o al familiar o persona que designe, a nombrar abogado de su elección y a entrevistarse con él reservadamente.

Presupuestos para la adopción de la medida

La detención, a diferencia de otras medidas, constituye una excepción a la aplicación de uno de los requisitos de adopción de toda medida cautelar que afecte a derechos fundamentales: la jurisdiccionalidad. En efecto, con tal carácter de excepción, la detención puede realizarse tanto por particulares cuanto por las fuerzas de orden público, si concurren las circunstancias del art. 490 LECrim, en el primer supuesto, y del art. 492 LECrim, en el segundo.

a) Detención por particular, si concurren las circunstancias del artículo 490 LECrim.

b) Detención por autoridad o agente de la Policía Judicial, si concurren las circunstancias del artículo 492 LECrim.

De todos estos supuestos, carácter cautelar sólo lo tienen aquellos casos en los que la detención se practica durante el proceso; la detención posterior tiene el carácter de una medida de ejecución de la pena impuesta.

Debe existir en todo caso una imputación, aunque no esté formalmente formulada. Si lo imputado al sujeto es un delito leve, procede la detención en el único supuesto en que, concurriendo alguno de los presupuestos ya señalados, no existiera domicilio conocido o no se prestara fianza al comparecer¹³⁹.

(139) Art. 495 LECrim.

Duración de la medida

El plazo máximo de duración de la detención es de 72 horas¹⁴⁰, sin olvidar que debe durar el mínimo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos¹⁴¹.

(140) Arts. 17 CE y 520 LECrim.

(141) Ver STC 31/96.

Derechos del detenido

A) Derechos y "declaración de derechos" del detenido

En el artículo 520, 1 y 2 LECrim, se consagran los siguientes derechos:

1) a que la detención se realice de la manera menos perjudicial para su persona, reputación y patrimonio, debiendo adoptarse las medidas necesarias para asegurar el respeto a sus derechos constitucionales al honor, a la intimidad e imagen;

2) a ser informado por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible y en una lengua que comprenda inmediatamente, de los hechos que se le atribuyan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes (*declaración de derechos*):

a) a guardar silencio, no declarando si no quiere; a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen; o a manifestar que solo declarará ante el juez;

b) a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable;

c) a designar abogado, sin perjuicio de nombrar uno de su confianza y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica, no sea posible de inmediato la asistencia letrada, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible;

d) a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención;

e) a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de la custodia en que se halle en cada momento. Si se trata de un extranjero, deberá ponerse en conocimiento de la oficina consular;

f) a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía, o en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim;

g) a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas;

h) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras con dificultades del lenguaje;

i) a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras administraciones públicas; y

j) a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Si no se dispone de una *declaración de derechos* en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de los mismos mediante intérprete. En tal caso, deberá entregársele, posteriormente, y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda, permitiendo que la conserve en su poder durante todo el tiempo de la detención.

B) Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

C) Atención a situaciones particulares. El artículo 520.2bis atiende a una serie de circunstancias específicas que requieren que la cabal atención a los derechos citados se complete con alguna otra actuación, o hacerlo de manera específica.

D) Asistencia letrada

El detenido designará libremente abogado y, si no lo hace, será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad le recomendará nada más allá de informarle de su derecho.

Este derecho es renunciable en caso de que su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, si se le ha informado sobre las consecuencias y pudiendo revocar dicha denuncia en todo momento.

E) Entrevista con el detenido y carácter confidencial de la misma

El abogado se entrevistará reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, salvo incomunicación.

Las comunicaciones entre investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118 LECrim (art. 509.2bis 7 LECrim).

a) El procedimiento de *habeas corpus*¹⁴².

⁽¹⁴²⁾LO 6/1984, de 24 de mayo.

b) La tipificación de los delitos contra la libertad (detenciones ilegales y secuestros) en los arts. 163 a 168 del CP.

Identificación de las personas

Situación que la ley quiere diferenciar claramente de la detención, la identificación de personas por parte de la policía se contempla en el artículo 16 de la LSC señalando dos *supuestos*:

a) cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción, y

b) cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

La práctica de la identificación respetará los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, debiendo informar de manera inmediata y comprensible a la persona cuya identificación se requiera de las razones.

Si la identificación no es posible (ni telefónica ni telemáticamente), o si la persona se niega a identificarse, se podrá requerir a la persona para acompañarle a las dependencias judiciales más próximas, por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

4.2.3. Prisión provisional

A continuación, analizaremos dos de las medidas cautelares más relevantes para el proceso penal, en torno a las cuales tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina han recordado que la libertad provisional debe ser la primera

que tienda a adoptarse y sólo cuando no resulte adecuado podrá acudir a la prisión provisional. Así se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional:

"[...] La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente que la privación de libertad ha de ser la excepción".

Naturaleza y características de la prisión provisional

La prisión provisional supone la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario mientras se encuentra pendiente un proceso penal frente a él y siempre que se cumplan los presupuestos señalados en la ley. Constituye la medida cautelar más efectiva y a la vez más criticada, lo que no impide reconocer simultáneamente la dificultad de sustituirla por otra –vid. Resoluciones del Consejo de Europa 11 (65) y 80 (80).

Su naturaleza corresponde a la de una medida cautelar, de particulares perfiles, en tanto incide sobre el derecho fundamental a la libertad de movimientos¹⁴³.

(143) Art. 17 CE.

Como tal medida cautelar, le son predicables las notas de jurisdiccionalidad; instrumentalidad; idoneidad y proporcionalidad, si bien con especial incidencia en determinados aspectos que inmediatamente se señalan. Así por ejemplo, la oficialidad, por razones como la máxima atención a la garantía de imparcialidad del órgano que adopta la medida, resulta excepcionada.

Presupuestos de la prisión provisional

A partir de tres perspectivas: subjetiva, objetiva y teleológica, el art. 503 LECrim sujeta a acordar la prisión provisional a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Subjetivo:

Que aparezcan en la causa motivos suficientes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión (art. 503.1.2° LECrim);

b) Objetivo:

Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delitos sancionados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión¹⁴⁴.

(144) Art. 503.1.1° LECrim.

La regulación final contempla cuatro excepciones a esta pretendida regla general:

1) Que el investigado o encausado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de delito doloso¹⁴⁵.

(145) Art. 503.1.1º *in fine* LECrim.

2) Que estimándose riesgo de fuga, se hayan dictado contra la persona investigada o encausada al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos últimos años anteriores¹⁴⁶.

(146) Art. 503.1.3º a) LECrim.

3) Que se trate de evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de las personas contempladas en el art. 173 CP¹⁴⁷.

(147) Art. 503.1.3º.c) LECrim.

4) Que buscando evitar la reiteración del delito de que se trate, de los antecedentes y otros datos disponibles, pueda inferirse que el investigado o encausado actúa concertada y organizadamente o con habitualidad¹⁴⁸.

(148) Arts. 503.2.III *in fine* LECrim.

c) Teleológico: los fines constitucionalmente legítimos.

La consecución de estos objetivos constituye el parámetro que evita caer en la automaticidad, vinculando la decisión sobre la prisión provisional con la pena prevista¹⁴⁹.

(149) STC 47/2000.

A tenor de la doctrina constitucional, la reforma recoge que mediante la prisión provisional pueden perseguirse dos fines ordinarios (asegurar la presencia del investigado o encausado cuando pueda inferirse riesgo de fuga; o evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba); y otro excepcional (evitar la reiteración delictiva).

Supuestos de violencia de género

Junto con ellos se ha incorporado la finalidad de evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima en los supuestos de violencia de género. Esta especificación debe interpretarse en el marco de la lucha contra este tipo de delincuencia a través de medidas como la ampliación de medidas cautelares del art. 544 bis y 544 ter, LECrim, y de las que no se ha querido que pudiera excluirse la prisión provisional, incluso en el supuesto de delitos de este tipo perseguidos con penas inferiores a dos años.

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado cuando quepa pensar en un riesgo de fuga.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, siempre que éstas sean relevantes para el enjuiciamiento y exista un peligro fundado y concreto.

Destaca a este respecto la advertencia legal para no utilizar la prisión provisional cuando la inferencia del peligro de ocultación provenga de la falta de colaboración del investigado o encausado o de las actuaciones achacables al legítimo uso del derecho de defensa¹⁵⁰.

(150) Art. 503.1.3º. b) II LECrim.

c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173 CP (art. 503.1.3º.c). Como ya se adelantó, se trata de un supuesto extravagante desde un punto de vista metodológico, en la medida en que constituye un supuesto especial insertado en una norma de carácter general.

d) También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del artículo 503.1 LECrim, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

También se incluye aquí una excepción al límite mínimo de los dos años: cuando se delinca de forma organizada o con habitualidad¹⁵¹.

⁽¹⁵¹⁾Art. 503.2.III *in fine* LECrim.

Provisionalidad de la medida: duración de la prisión provisional

El art. 17.4 CE exige que la ley prevea un plazo máximo de duración de la prisión provisional, garantía que se completa doblemente con la también garantía constitucional a un plazo razonable y el respeto a la característica de instrumentalidad de la medida cautelar que nos ocupa.

Atendiendo a este mandato, el artículo 504 LECrim señala en su apartado primero:

la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en los artículos anteriores (los constitucionalmente legítimos) y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

1) Plazos máximos de duración de la medida: la doctrina del "plazo razonable".

Complemento y manifestación de la instrumentalidad de la medida y exigencia constitucional es la necesidad de señalar los plazos máximos de la prisión provisional. En esta dirección, el art. 504 LECrim vincula la duración de la prisión provisional a dos parámetros: a) la duración de la pena que corresponda al delito en cuestión y b) el tipo de fin constitucionalmente legítimo de la medida.

a) Cuando la medida se dicte para asegurar la presencia del investigado o encausado, evitar que actúe contra bienes jurídicos de la víctima; o evitar la reiteración delictiva, tendrá una duración máxima de un año si el delito tiene pena señalada igual o inferior a tres años. Si el delito tiene señalada una pena superior a tres años, la medida podrá durar, como máximo, dos años¹⁵².

⁽¹⁵²⁾Art. 504.2 LECrim.

b) Cuando la prisión provisional se haya acordado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, la duración máxima se reduce a seis meses.

2) Prórroga del plazo: necesidad de celebrar la audiencia del art. 505 LECrim.

El art. 504 LECrim prevé dos tipos de prórrogas: a) cuando se haya acordado para asegurar la presencia del investigado o encausado, proteger bienes jurídicos de la víctima o evitar la reiteración delictiva; y b) cuando se haya recurrido la sentencia condenatoria.

Por otra parte, atendiendo a la doctrina del TEDH y del TC, se exige, también a la hora de prorrogar la excepcional situación de privación de libertad, celebrar la audiencia en los términos que contempla el art. 505 LECrim, tal como se verá después.

Clases de prisión provisional: comunicada e incomunicada

Se prevé la posibilidad de dictar prisión provisional incomunicada, más como una clase posible de prisión de este tipo que como un grado de ésta. Así, el art. 509 LECrim contempla esta eventualidad.

"para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos y evitar que estas mismas personas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima".

Las consecuencias de esta modalidad son el establecimiento de un plazo máximo notablemente reducido: *el tiempo máximo para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros* que condujeron a adoptar la incomunicación, y como plazo máximo, el de cinco días. Este último plazo sólo puede prorrogarse, una vez, y por el mismo tiempo en el supuesto excepcional de delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes (art. 384 bis CP) o si se trata de investigaciones sobre delincuencia organizada.

También se prevé que, levantada la incomunicación, ésta se adopte de nuevo, si concurren motivos suficientes y por otro plazo que no podrá exceder de tres días (art. 509.2 *in fine* LECrim).

El arresto domiciliario como medida sustitutiva por enfermedad del investigado o encausado

La falta de un auténtico cuerpo legal de medidas cautelares penales en el ordenamiento procesal penal español sitúa el arresto domiciliario, no en el lugar de una medida cautelar autónoma, sino únicamente en el de una medida sustitutiva de la prisión provisional cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud.

Como complemento del arresto domiciliario, podrán adoptarse las medidas de vigilancia que resulten necesarias; así, por ejemplo, las pulseras empleadas en el marco de ejecución de pena con permiso de fin de semana.

Si el tratamiento debe realizarse fuera del domicilio, el juez autorizará la salida con la vigilancia precisa¹⁵³.

(153) Art. 508.1 *in fine* LECrim.

El ingreso del drogadicto sometido a tratamiento de desintoxicación

También como alternativa a la prisión provisional y específicamente por la ausencia de una previsión general de esta medida, el art. 508.2 LECrim prevé específicamente el ingreso del investigado o encausado sometido a desintoxicación o deshabitación, cuando el ingreso en prisión provisional pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento.

El tratamiento debe haberse iniciado con posterioridad a la comisión de los hechos que originan el procedimiento.

El investigado o encausado internado no podrá salir del centro sin autorización del órgano judicial que adoptara la medida.

Los centros que pueden acoger este régimen son los oficiales o aquellos que pertenezcan a una organización reconocida legalmente (art. 508.2 LECrim).

Abono de condena e indemnización de daños y perjuicios

Si el preso preventivo resulta condenado, el tiempo que se haya visto privado de libertad se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

Si, por el contrario, resulta absuelto o condenado a pena inferior a la cumplida en régimen de prisión provisional, se puede producir vulneración del art. 17.4 CE y el investigado puede tener derecho a una indemnización conforme al art. 121 CE y al art. 294 LOPJ.

En concreto, tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y sentencias no firmes

Las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación entre otras, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el proceso penal, se inscribirán en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, salvo que se traten de medidas cautelares

(154) Ved Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

adoptadas en procedimientos de violencia doméstica o de género, en cuyo caso se inscribirán en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica¹⁵⁴.

4.2.4. La libertad provisional

La libertad provisional consiste en una limitación de la libertad del investigado, quien queda sujeto al cumplimiento de determinadas prestaciones, que pueden garantizarse a través de diversos mecanismos, únicos o conjuntos. Así, por ejemplo, la libertad provisional puede acordarse con o sin fianza y en ambos casos cabe señalar la obligación de comparecer en días acordados y para asegurar esta última obligación puede ordenarse la retención del pasaporte.

Dado que se encuentra encaminada a la misma finalidad que la prisión provisional, debe preferirse su adopción a la de aquélla, pues constituye una medida cautelar que incide en menor medida sobre el derecho fundamental a la libertad ambulatoria.

De hecho, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, parece acoger la idea con arreglo a la cual la medida preferente es la libertad provisional y cuando ésta no sea posible, la prisión provisional.

Presupuestos

El art. 529 LECrim establece que cuando no se haya acordado la prisión provisional del investigado o encausado, se decretará la libertad provisional, con o sin fianza, con arreglo a lo señalado en el art. 505 LECrim.

En este último precepto se contempla la necesidad de una audiencia en idénticos términos a los señalados para la adopción de la prisión provisional¹⁵⁵.

⁽¹⁵⁵⁾Art. 506 LECrim.

Se exigirá la prestación de fianza (mejor caución) al investigado o encausado, como presupuesto para poder decretar esta medida en vez de la prisión, cuando se acuerde la libertad provisional, aun a pesar de que la pena del delito perseguido supere los dos años. También podrá exigirse la prestación de fianza cuando, siendo inferior la pena, así lo decida el juez, en atención a las circunstancias personales del investigado o encausado y de la comisión del hecho¹⁵⁶.

⁽¹⁵⁶⁾Arts. 503.1.1° y 529 LECrim.

La provisionalidad de la medida

La situación de libertad provisional, como la propia caución, manifiesta su carácter instrumental en la propia provisionalidad. Si las circunstancias que configuran sus presupuestos cambian, se pueden modificar una y otra a lo largo de todo el transcurso del proceso¹⁵⁷.

⁽¹⁵⁷⁾Arts. 539 LECrim.

En otras ocasiones, el cambio se produce por imperativo legal, como sucede con el paso de la situación de prisión a la libertad provisional, una vez agotados los plazos máximos de duración de la prisión fijados en el art. 504 LECrim.

La comparecencia y retirada de pasaporte

Tanto si se ha decretado la libertad con fianza o sin ella, se constituirá *apud acta* la obligación de comparecer en los días que se señalen en el auto respectivo. Idéntica obligación de comparecencia tendrá cada vez que sea citado por el juez o Tribunal que conozca de la causa¹⁵⁸.

⁽¹⁵⁸⁾Art. 530 LECrim.

Para garantizar el cumplimiento de la obligación de comparecencia, cabe acordar motivadamente la retención del pasaporte¹⁵⁹.

⁽¹⁵⁹⁾Art. 530 *in fine* LECrim.

Otras medidas, en especial, la privación del permiso de conducción de vehículos a motor

Para terminar, cabe hacer referencia a unas medidas de naturaleza cautelar o preventiva caracterizadas por conllevar una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación, de suspensión o de privación del permiso de conducir¹⁶⁰.

⁽¹⁶⁰⁾Arts. 41 a 44, 47.1, 55 a 57, todos del CP.

Esto es lo que sucede, en primer término, con la suspensión de la función o cargo público que tendrá que decretarse, en virtud del art. 384 bis LECrim, respecto de las personas integradas o relacionadas con bandas armadas que ostentaran dicho cargo o condición, mientras dure la situación de prisión provisional.

Y, sobre todo, también forma parte de estas medidas la privación cautelar del permiso de conducir y del de circulación a la persona a la que se han imputado hechos delictivos cometidos con motivo de la conducción de vehículos a motor o ciclomotores. La ejecución de tal medida se produce recogiendo materialmente del poder del investigado e incorporándolo a los autos, a la par que comunicándolo a la Jefatura Provincial de Tráfico que lo hubiere expedido¹⁶¹. Junto a dicha medida, este último precepto contempla la intervención del vehículo.

⁽¹⁶¹⁾Art. 529 bis LECrim; también art. 770.6^a LECrim.

Las "medidas de alejamiento" del agresor respecto de la víctima

El art. 544 bis LECrim recoge un conjunto de medidas cautelares que tienen como fin la protección de la víctima, aplicables a los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP.

Ved también

Ya hemos hecho referencia a estas medidas al tratar la orden de protección integral.

A estas medidas la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, incorpora:

- la salida de domicilio,
- el alejamiento o la suspensión de comunicaciones¹⁶²;
- la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores¹⁶³;
- la suspensión del régimen de visitas¹⁶⁴; y
- la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

(162) Art. 64.

(163) Art. 65.

(164) Art. 66.

Medidas en parte reiteradas, en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP, mediante las que el juez o tribunal para proteger a la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada adoptará motivadamente las siguientes:

a) suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá establecer un régimen de visitas o comunicación y, en su caso, las condiciones y garantías con que deba desarrollarse;

b) suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento;

c) establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o cualquier otra función tutelar de protección o apoyo, sin perjuicio de las competencias propias del MF y de las entidades públicas competentes;

d) suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor¹⁶⁵.

(165) Art. 544 quinquies 1 LECrim.

Cuando exista una manifiesta situación de riesgo o posible desamparo del menor o se adopten las medidas a) o b), se comunicará inmediatamente a la entidad que tenga encargada la protección del menor y al MF para que adopten las medidas de protección necesarias.

Concluido el procedimiento, el juez o tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección adoptadas¹⁶⁶.

(166) Art. 544 quinquies 3 LECrim.

A ellas se une que el juez podrá prohibir al inculcado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El juez fijará una distancia mínima entre el inculcado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en

(167) Art. 64.3 Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

responsabilidad penal¹⁶⁷. Medida también prevista, entre otras posibles, en el artículo 48.4 CP para ejecutar la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

Medidas cautelares reales

Tradicionalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla dos medidas de naturaleza estrictamente patrimonial: la fianza y el embargo. En la actualidad, el artículo 591 LECrim, reformado por Ley 13/2009, de 3 de noviembre contempla la fianza que puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio, que a juicio del juez o tribunal garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad que se trate.

El embargo se configura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una medida subsidiaria de la fianza, y consiste, al igual que en el ámbito civil, en la afección provisional y anticipada de bienes del investigado para el supuesto de que la fianza no fuera prestada. Al embargo le resultan de aplicación los arts. 589 y ss. LECrim y, supletoriamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶⁸. De ahí que el art. 615 LECrim, acorde con la reforma por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, atribuya al Letrado de la Administración de Justicia decretar esta medida.

⁽¹⁶⁸⁾Art. 614 LECrim.

El decomiso cautelar, localización, conservación, administración y realización de determinados efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de determinados delitos

Fruto de la trasposición de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, se incorporó a la realización anticipada de los efectos del delito la posibilidad de un decomiso cautelar, esto es, que el juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, encomendaba la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. La organización y funcionamiento de dicha Oficina se regularán reglamentariamente¹⁶⁹.

⁽¹⁶⁹⁾Art. 367 sexies y art. 127 octies CP.

Podrá, además, autorizarse la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados cautelarmente.

5. Orden europea de investigación

1. Orden europea de investigación

Resolución judicial emitida y validada por la autoridad judicial (Estado de emisión) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (Estado de ejecución) con el fin de obtener fuentes de prueba o pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución.

Puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre) en el marco de los derechos de defensa del proceso penal nacional.

2. Ámbito de aplicación, tipo de procedimientos y contenido y forma de la OEI

Los tipos de procedimiento a los que se aplica están definidos en el art. 4.

3. Procedimientos y salvaguarda en el Estado emisor y en el Estado receptor (doble *check*)

El modelo funciona con un doble control de garantía: a) el primero en el Estado emisor, que analiza la necesidad y proporción de la OEI, y que transmite la OEI si entiende superada la valoración (arts. 6 y 7), y b) el reconocimiento y ejecución en el Estado de ejecución, que ponderará, a su vez, que la OEI se adecua a la Directiva y a sus principios fundamentales (art. 9).

Cabe acudir a medidas de investigación distintas si la medida no existe en el Estado de ejecución o en un caso interno similar (art. 10.1).

Si se cumplimenta y acepta, se transmite conforme al art. 7.

El «control de garantía en el Estado de ejecución» comprende el reconocimiento y ejecución, la posible negativa o adopción de medidas distintas, la práctica en tiempo fijado y el traslado de pruebas. El reconocimiento puede aplazarse por los motivos contemplados en el art. 15. La autoridad de ejecución deberá informar, en todo caso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 16.

El Estado de ejecución puede denegar la OEI (art. 10.2), pero adoptar otras medidas de igual resultado; en este caso y el anterior, debe comunicarlo al Estado emisor, que podrá retirar o completar la OEI.

Cuando se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución, la medida de investigación se llevará a cabo con tiempos similares al derecho interno, con un máximo de 30 días. El traslado de las pruebas se efectuará sin demora y ajustándose a lo dispuesto en el art. 13.

4. Recursos

Frente a las resoluciones deben existir los mismos recursos que en el derecho interno, salvo los motivos de fondo, que se impugnarán en el Estado de emisión. La confidencialidad puede frenar eventualmente la información sobre el recurso y su interposición (art. 14.1, 2 y 3). El recurso no tiene efectos suspensivos.

5. Confidencialidad y responsabilidad de los funcionarios

Deberán adoptarse medidas que garanticen la confidencialidad de la investigación, así como el fondo y los hechos de la OEI, salvo en lo necesario para ejecutar la medida de investigación, comunicándolo a la autoridad emisora en otro caso. Se efectúa mención expresa a la garantía de que los bancos no revelen al cliente bancario interesado ni a terceros el hecho de haber transmitido información en los casos contemplados en los arts. 26 y 27 (art. 19).

6. Protección de datos personales y costes

En aplicación de la Directiva OEI, deben respetarse los datos personales de acuerdo con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, y con arreglo a los principios del

Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional.

Los costes de ejecución corren de cuenta del Estado de ejecución, salvo pacto contrario con el Estado emisor (art. 21).

7. Disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación

Caracteriza a la OEI establecer unas normas concretas según la medida de investigación de que se trate. Seguidamente se citarán simplemente cada una de ellas y los preceptos que las regulan:

- a) Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (art. 22).
- b) Traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (art. 23).
- c) Comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (art. 24).
- d) Comparecencia por conferencia telefónica (art. 25).
- e) Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras (art. 26).
- f) Medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo (art. 27).
- g) Investigaciones encubiertas (art. 29).
- h) Intervención de telecomunicaciones (arts. 30 y 31).

8. Medidas cautelares

Cabe adoptar medidas cautelares en virtud de una OEI, conforme a lo dispuesto en el art. 32 Directiva OEI.

Resumen

El proceso penal se inicia, de oficio o a instancia de parte, a partir de la constatación de la existencia de unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal. A partir de este momento, se inicia una fase en la que los órganos oficiales tienen el deber de practicar una serie de actuaciones que tienden, por un lado, a averiguar los hechos y su presunto autor y, por otro, a asegurar este último.

Con este objetivo, la LECrim prevé una serie de actuaciones, en algunos casos preceptivas y en otros con carácter facultativo, que lleva a cabo el órgano judicial encargado de la investigación.

El hecho de que se encomiende la dirección de esta fase a un órgano judicial responde, entre otros factores, a que en el transcurso de la misma es necesario adoptar decisiones que pueden incidir en la esfera de los derechos fundamentales.

Estas decisiones pueden ser de dos clases: diligencias de investigación o medidas cautelares. Las finalidades que unas y otras persiguen son diferentes (en el primer caso se trata de averiguar el delito y sus circunstancias, y en el segundo, de asegurar la identidad del presunto delincuente), pero en ambos casos la carencia de una regulación legal adecuada ha convertido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la fuente más importante de conocimiento del contenido y los límites de esas medidas.

En materia de medidas cautelares, el legislador ha regulado la prisión provincial, pero intentando adecuarla a los requisitos constitucionales puestos de manifiesto, precisamente, en la jurisprudencia. No obstante, ello no significa que al margen de la regulación de esa medida concreta, no falte en el ordenamiento jurídico una regulación más exhaustiva y completa de las medidas cautelares que apueste claramente por las denominadas "medidas alternativas", es decir, aquellas que incidiendo lo menos posible en la esfera de la libertad individual, sean también capaces de satisfacer las finalidades para las que han sido concebidas.

Entre los principales informadores del proceso penal que se estudiaban en el primer módulo, en esta materia adopta especial importancia el de la proporcionalidad, en la medida en que actúa como límite a la actuación de los poderes estatales y a la vez, como garantía del justiciable. La reciente modificación de la LECrim, singularmente de las medidas intromisivas en la privacidad del investigado, incorporan un cuerpo de principios y presupuestos con vocación de aplicación general a toda medida limitativa de derecho fundamental, reor-

denando los expuestos como sigue: principio de especialidad; idoneidad; excepcionalidad; necesidad y proporcionalidad, y cuya concurrencia debe justificarse en la resolución judicial habilitante.

Las medidas cautelares, y singularmente la siempre discutida prisión provisional, se analizan destacando que esta es la excepción, siendo la libertad provisional la medida ordinaria que debe adoptarse, de ser posible, sin olvidar la existencia de un corolario de medidas cautelares que la acompañan (retirada de pasaporte, orden de alejamiento, mecanismo de control de la posición de quien la porta, etc.).

La orden europea de investigación constituye hasta ahora la máxima expresión de la confianza mutua entre los miembros de la UE, permitiendo que un Estado miembro solicite medidas de investigación que se desarrollarán en otro Estado miembro, con arreglo a lo establecido en la correspondiente Directiva. Sustituye al exhorto europeo de obtención de prueba.

Actividades

1. Estableced cinco diferencias entre la denuncia y la querrela.
2. ¿En qué casos puede proceder un particular a la detención de una persona?
3. ¿En qué consiste la actuación del agente encubierto informático?
4. Explicad la intervención de las diferentes partes en la fase de instrucción.
5. ¿Cuáles son los presupuestos de las medidas cautelares?
6. ¿Cuáles son las disposiciones comunes de las diferentes «medidas tecnológicas» (arts. 545ss LEC)?

Ejercicios de autoevaluación

Cuestiones breves

1. Citad las principales finalidades de la fase de instrucción.
2. ¿Cuáles son los plazos de la instrucción?
3. ¿En qué casos se puede producir la entrada y registro en un lugar cerrado sin que se precise orden judicial?
4. ¿Cuál es el objeto de la intervención de las comunicaciones personales?
5. ¿En qué consiste el registro remoto?
6. ¿Qué es el decomiso cautelar?

Desarrollo de un tema

1. Exponed las principales características de cada una de las medidas limitativas de derechos fundamentales.
2. Buscad el Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 y exponed sus principales consideraciones (se refiere a la toma de muestras de ADN).
3. La valoración de las diligencias de investigación limitativas de los derechos fundamentales.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

Cuestiones breves

1. A grandes rasgos, la fase de instrucción persigue tres finalidades diferentes:
 - a) Averiguar la existencia del delito y la identidad de su autor, así como su responsabilidad.
 - b) Preparar, si es procedente, el juicio oral.
 - c) Asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del delito.

2. Por lo que respecta al plazo para desarrollar la instrucción, la regla general es que las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. Esta regla opera en las causas no complejas. No obstante, antes de expirar este plazo, el instructor, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja, en cuyo caso el plazo de duración será de dieciocho meses.

3. En los siguientes casos:
 - a) Cuando el titular preste su consentimiento.
 - b) Cuando alguien es sorprendido en flagrante delito.
 - c) Cuando una persona es perseguida inmediatamente por la Policía Judicial y se refugia en un lugar cerrado o domicilio.
 - d) Cuando se persiguen elementos terroristas o rebeldes.
 - e) Excepcionalmente, cuando se declaran los estados de alarma, excepción o sitio.

4. El objeto de la diligencia recae sobre las comunicaciones personales. La garantía constitucional no recae sobre lo que se comunica, sino sobre las comunicaciones. En este sentido, no es relevante la titularidad del medio empleado.

5. El registro remoto sobre equipos informáticos permite la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de software, que posibilita, de forma remota y telemática, el examen a distancia –y sin conocimiento de su titular o usuario– del contenido de un ordenador, dispositivos electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos. Se contempla en el art. 588 septies.a LECrim y está limitado a cuatro tipos de delitos que figuran en él, así como a requisitos muy concretos.

6. El juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, encomienda la localización, conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Abreviaturas

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP Código penal

CPM Código penal militar

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

LORRPM Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

LOTJ Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

LSC/LOPSC Ley Orgánica de Protección la Seguridad Ciudadana

MF Ministerio Fiscal

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RD Real Decreto

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

Glosario

agente encubierto *m y f* Aquel agente de la Policía Judicial que se infiltra en una organización delictiva con amparo legal y autorización judicial.

denuncia *f* Declaración de ciencia, de conocimiento o de voluntad mediante la cual se ponen en conocimiento de la autoridad competente unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal.

fumus boni iuris *m* Presupuesto de las medidas cautelares que consiste en un juicio de probabilidad sobre la existencia de los hechos y su naturaleza delictiva y sobre la responsabilidad civil y penal del sujeto sobre el que tenga que recaer la medida.

indagatoria *f* En sentido amplio es la declaración del investigado al inicio de las investigaciones. En sentido estricto, es aquella declaración que se toma una vez realizada la imputación formal.

inspección corporal *f* Véase registro.

intervención corporal *f* Aquella diligencia de investigación consistente en extraer del cuerpo humano determinados elementos, internos o externos, o en someterlo a radiaciones.

periculum in mora *m* Presupuesto de las medidas cautelares que consiste en la evaluación del riesgo de fuga o de incumplimiento de la responsabilidad civil. Se valora según la gravedad de la pena que eventualmente se pueda imponer o según los criterios específicos de cada medida cautelar.

querrela *f* Acto procesal mediante el cual se ponen en conocimiento de la autoridad judicial unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal y, además, se ejerce la acción penal.

registro personal *m* Diligencias de investigación que tienen como objeto el cuerpo humano, pero que no representan una intervención en éste. No comprometen el derecho fundamental a la integridad física, pero limitan el derecho a la intimidad corporal. sin *f* Inspección corporal.

sumario *m* Nombre que recibe la fase de instrucción en el procedimiento ordinario por delitos graves.

Bibliografía

Autores varios (M. Cedeño, coord.) (2017). *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi / Thomson Reuters.

Armenta Deu, T. (2016). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.

Delgado Martín, J. (2018). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: La Ley.

Garcimartin Montero, R. (2018). *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

González Cuellar, N. (2018). *Proporcional y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.

Pujadas Tortosa, V. (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons.

