

El desenvolupament del procés penal (I)

La instrucció (fase preliminar). La fase
intermèdia

Teresa Armenta Deu
Cristina Sala Donado

PID_00153169



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	7
Objectius	8
1. La instrucció: fase preliminar	9
1.1. El procediment preliminar. Sumari o instrucció: finalitat general i modalitats	9
1.1.1. Modalitats d'instrucció en els processos penals a Espanya	9
1.1.2. Naturalesa jurídica de la instrucció	10
1.1.3. Normes generals de la instrucció	10
1.1.4. Contingut de la fase instructora	11
1.1.5. Competència i intervenció de les parts	11
1.2. Iniciació del procediment: la denúncia, la querella i la iniciació d'ofici	12
1.2.1. La denúncia	12
1.2.2. La querella	14
1.2.3. La iniciació d'ofici	16
2. La instrucció (II). Desenvolupament del sumari o diligències prèvies: els diversos actes d'investigació. Valoració de les diligències sumariales. Prova anticipada i prova preconstituïda	17
2.1. La inspecció ocular	17
2.2. El cos del delictes	18
2.3. Determinació del presumpte delinqüent i de les seves circumstàncies personals	19
2.3.1. Diligència de reconeixement	19
2.4. Declaracions de testimonis	20
2.4.1. Subjectes exempts	20
2.4.2. Sanció davant l'incompliment	21
2.4.3. La determinació dels testimonis	21
2.4.4. Procediment	22
2.4.5. Mesures de protecció de testimonis	23
2.5. Declaració del processat/imputat	23
2.6. Acarament	24
2.7. Informes pericials	25
2.7.1. Els pèrits	25
2.7.2. El procediment del peritatge	25
2.8. Identificació de l'imputable o processable i de les seves circumstàncies personals	26

2.8.1.	L'edat	27
2.8.2.	La conducta i els antecedents	27
2.8.3.	La capacitat mental	27
2.9.	Diligències per a determinar el dany i el responsable	28
2.10.	Altres actes d'investigació	28
2.10.1.	Circulació o lliurament vigilat d'estupefaents	28
2.10.2.	Actuació d'agents encoberts	29
2.11.	Valoració de les diligències sumariales. Prova anticipada i prova preconstituïda	29

3. La instrucció (III): mesures limitadores de drets

fonamentals		32
3.1.	Entrada i escorcoll en un lloc tancat (art. 545 a 572 LeCrim)	33
3.1.1.	Requisits	34
3.1.2.	Efectes probatoris de l'entrada i l'escorcoll	36
3.2.	Escorcoll de llibres i papers	37
3.3.	Intervenció de les comunicacions personals (art. 579 a 588 LeCrim)	38
3.3.1.	Objecte	38
3.3.2.	Pressupòsits de la mesura	38
3.4.	Intervenció de les comunicacions postals, telegràfiques i telefòniques	40
3.4.1.	Efectivitat de la mesura	41
3.5.	Inspeccions i intervencions corporals	42
3.5.1.	Objecte	42
3.5.2.	Pressupòsits	43
3.5.3.	Execució i control de la mesura	44
3.5.4.	Efectivitat de la mesura	44
3.6.	Algunes mesures concretes	45
3.6.1.	Les intervencions corporals per a la determinació del perfil de l'ADN de l'imputat	45
3.6.2.	Reconeixements mèdics, anàlisi de sang i exploracions ginecològiques	47
3.7.	Incorporació al procés de la denúncia de violació de drets fonamentals	51

4. Mesures cautelars		52
4.1.	Finalitat i pressupòsits	52
4.1.1.	L'absència d'un ordenament legal de mesures cautelars alternatives. El degoteig legislatiu	52
4.1.2.	Pressupòsits d'adopció de les mesures cautelars	53
4.1.3.	Característiques de les mesures cautelars	53
4.2.	Mesures cautelars personals	54
4.2.1.	La citació	54
4.2.2.	La detenció	55
4.2.3.	Presó provisional	58
4.2.4.	La llibertat provisional	67

4.3.	Mesures cautelars reals	70
4.3.1.	La mal anomenada fiança (en realitat caució)	71
4.3.2.	L'embargament	71
4.3.3.	L'aval solidari de durada indefinida i altres mesures previstes en la LEC	72
5.	Delimitació subjectiva de l'acció penal: l'ordre de processament i la imputació. Finalitat de la instrucció.....	73
5.1.	Delimitació subjectiva de l'acció penal: imputació material i imputació formal	73
5.1.1.	La interlocutòria de processament	74
5.1.2.	La imputació en el procés abreujat	76
5.1.3.	La imputació en l'enjudiciament ràpid	76
5.1.4.	La imputació en el judici de faltes i en el judici davant del jurat	77
5.2.	Fi de la instrucció	77
5.2.1.	En el procediment ordinari	77
5.2.2.	En el procediment abreujat	79
6.	La fase intermèdia. El sobreseïment. Escrits d'acusació i defensa. Qualificacions de les parts. Interlocutòria d'obertura del judici oral.....	81
6.1.	Fase intermèdia	81
6.1.1.	Funcions de la fase intermèdia	81
6.1.2.	La fase intermèdia en el procés ordinari i en el procediment abreujat: seu diferent i institucions comunes	82
6.1.3.	Extensió i contingut de la fase intermèdia	82
6.2.	El sobreseïment	84
6.2.1.	Concepte	84
6.2.2.	Classes i motius de sobreseïment	84
6.2.3.	Recursos	86
6.2.4.	Efectes del sobreseïment	86
6.2.5.	La vinculació de l'òrgan jurisdiccional a les peticions d'obertura del judici o sobreseïment formulades per les parts	87
6.3.	Tràmits que precedeixen la celebració del judici oral	88
6.4.	Qualificacions provisionals. Escrits d'acusació i defensa	88
6.4.1.	Escrits d'acusació	89
6.4.2.	Escrits de defensa	91
6.5.	Interlocutòria d'obertura del judici oral	92
Resum.....		94
Activitats.....		95
Abreviatures.....		96

Glossari	97
Bibliografia	98

Introducció

El procés penal –en virtut del principi d'oficialitat– s'inicia quan un òrgan judicial té coneixement d'uns fets que tenen el caràcter de delicte.

A partir d'aquell moment, comença l'activitat dirigida a esbrinar totes les circumstàncies esdevingudes, amb la finalitat de recopilar les dades que permetin, en la posterior fase de judici oral, la determinació de l'existència d'aquests fets i la implicació en aquests d'una o diverses persones.

Per a això, són necessàries activitats investigadores d'índole diversa, algunes de les quals poden comportar, per la seva naturalesa, la limitació d'un o diversos drets fonamentals de qui les hagi de suportar.

Igualment, pot ser necessari, per a l'assegurament de la finalitat adequada de la investigació i de la celebració del corresponent judici, la limitació de determinats drets de l'imputat, amb caràcter temporal.

Un cop finalitzada la investigació, és el moment que els subjectes que intervenen en el procés –el jutge i les parts– es plantegin la possibilitat i la necessitat del judici. Aquesta fase, que té un tractament diferent en funció del procés de què es tracti, es denomina *fase intermèdia*.

Aquest mòdul es dedica a l'estudi de totes dues fases: la fase d'instrucció i la fase intermèdia.

De la primera, com s'ha apuntat, se n'estudien les actuacions que pot contenir, i especialment s'hi distingeixen les que impliquen la limitació de drets fonamentals. També s'analitzen amb deteniment les mesures cautelars, que asseguren la finalització adequada del procés.

I finalment s'analitza amb profusió el tractament de la fase intermèdia; es distingeix la regulació que li dispensa la LECrim en el judici ordinari i en el procediment abreujat.

Objectius

L'estudi d'aquest mòdul persegueix els objectius següents:

- 1.** Iniciar l'estudi de la dinàmica del procés penal.
- 2.** Conèixer les finalitats de la fase d'instrucció, la seva naturalesa jurídica i les principals modalitats en els diferents processos.
- 3.** Conèixer els mecanismes que permeten la iniciació del procés penal.
- 4.** Familiaritzar-se amb les diligències d'investigació previstes en la LECrim.
- 5.** Distingir les diligències limitadores de drets fonamentals, els seus requisits i el seu valor probatori.
- 6.** Comprendre, en general, la diferència entre actes d'investigació i actes de prova, i la seva valoració.
- 7.** Conèixer els mecanismes que permeten denunciar la il·licitud probatòria.
- 8.** Aprendre les finalitats de les mesures cautelars, i la seva regulació legal.
- 9.** Comprendre les finalitats i l'abast de la fase intermèdia.
- 10.** Comprendre la importància dels escrits d'acusació i defensa.

1. La instrucció: fase preliminar

En primer lloc, estudiarem la fase preliminar o d'instrucció.

1.1. El procediment preliminar. Sumari o instrucció: finalitat general i modalitats

D'acord amb la mateixa definició legal en el procediment ordinari per delictes greus:

"Constitueixen el sumari les actuacions encaminades a preparar el judici i practicades per investigar i fer constar la perpetració dels delictes amb totes les circumstàncies que puguin influir en la qualificació i la culpabilitat dels delinqüents, les persones i les responsabilitats pecuniàries dels quals cal assegurar."

(art. 299 LECrim)

Per tant, es poden diferenciar tres finalitats:

- 1) Investigar i fer constar si es va cometre o no el delicte i qui en pot ser l'autor i quina la seva culpabilitat.
- 2) Preparar, si escau, el judici oral.
- 3) Assegurar i prevenir les conseqüències penals i civils del fet.

1.1.1. Modalitats d'instrucció en els processos penals a Espanya

1) En el judici ordinari per delictes greus

En el judici ordinari per delictes greus, a partir de l'article 299 LECrim, no es diferencia una fase prèvia a l'inici del sumari. Això no impedeix, tanmateix, que els articles 282 a 298 LECrim estableixin diverses tasques de la policia. Ara bé, precisament perquè no es tracta d'una fase processal, l'article 297 LECrim prescriu que les manifestacions de la policia judicial que s'hagin fet en l'aterrat i el contingut d'aquest tenen el valor de mera denúncia a efectes probatoris. En altres termes, l'absència de les garanties pròpies de la prova –especialment, que aquesta ha de tenir lloc en el judici i davant un òrgan jurisdiccional– impedeix del tot atorgar un altre valor a aquestes tasques.

2) En el procediment abreujat i en el procediment per a l'enjudiciament ràpid

La reforma processal de 1988, per la qual es va introduir el procediment abreujat, va voler potenciar les actuacions preprocessals, com a constitutives d'una fase que fins i tot pot substituir –pel fet de ser innecessària– la fase d'instrucció o les diligències prèvies i, alhora, obrir una bretxa en favor que la seva direcció s'encomani al Ministeri Fiscal. Juntament amb això, si en aquesta fase preprocessal es recopilen prou dades per a establir aquests aspectes, i s'ha assolit la finalitat que és pròpia de la instrucció, aquesta esdevindria innecessària i es podria iniciar el període intermedi.

La reforma de la LECrim de 2002 distingeix dues situacions:

- a) Aquella en què la instrucció s'entén gairebé com a innecessària o extremament breu (art. 795 LECrim), en què s'ha de seguir el procediment d'"enjudiciament ràpid", d'acord amb els articles 795 i següents LECrim.
- b) Les qüestions corresponents a l'àmbit objectiu d'aplicació del procediment abreujat, que per diversos motius, necessiten una instrucció més o menys complexa (art. 757 a 779 LECrim).

3) En altres procediments

Quant a altres procediments, el judici de faltes no té fase instructora, i el procediment davant el tribunal del jurat presenta una sèrie de peculiaritats que examinarem en la lliçó corresponent.

1.1.2. Naturalesa jurídica de la instrucció

Sobre la naturalesa jurídica de la fase d'instrucció, hi ha dues direccions contraposades, clarament connectades amb les dues concepcions que s'han esmentat: la que li assigna un caràcter processal i la que la concep com una activitat administrativa.

1.1.3. Normes generals de la instrucció

- 1) Cada delictes ha de ser objecte d'un sumari, llevat dels connexos, que es poden acumular i instruir en un sol procés (art. 300 LECrim).
- 2) La instrucció s'ha de formar davant el secretari judicial, com a dipositari de la fe pública judicial (art. 321 LECrim).
- 3) Com a regla general, les actuacions sumariales s'han de dur a terme a la seu oficial del jutjat, sense perjudici d'aquelles –bastants– que només es poden fer fora, fins i tot per delegació.
- 4) Són hàbils tots els dies i totes les hores (art. 201 LECrim).

5) Les diligències sumariales són en principi secretes per a tercers, amb les excepcions que preveu la llei (art. 301 LECrim).

6) L'instructor ha de recollir en el sumari tant el que és advers com el que és favorable, i instruir l'imputat quant als seus drets, si no està assistit d'un defensor (art. 2 LECrim; art. 234 i 248.4 LOPJ).

1.1.4. Contingut de la fase instructora

En termes generals i necessàriament sintètics es pot recordar que el contingut de la fase d'instrucció és: **a)** comprovar l'existència d'activitat delictiva i determinar el subjecte a la qual s'atribueix, i d'aquesta manera es garanteix l'interès públic en la persecució dels delictes, i **b)** preparar, si és procedent, la fase de judici oral en un doble sentit: fent provisió de material, que altrament desapareixeria, i assegurant que la condemna i les responsabilitats derivades del delicte, si escau, es poden fer efectives.

1.1.5. Competència i intervenció de les parts

És jutge competent el jutge d'instrucció del lloc del delicte, el que correspongui per repartiment (en els llocs on n'hi ha diversos) o aquell davant el qual s'acumulin processos connexos (art. 17 LECrim). Hi cal afegir els supòsits especials (així per exemple els delictes que instrueixen els jutjats centrals penals –terrorisme, tràfic de drogues interterritorial– o el Tribunal Suprem –aforats–), o aquells en què ha d'actuar "el jutge de prevenció" (art. 307 LECrim) o un "jutge comissionat" (art. 310 LECrim).

Quant a la intervenció de les parts, depèn de quina es tracti i de la manera com es tingui coneixement de la *notitia criminis*.

El Ministeri Fiscal té en la fase sumarial una situació clarament privilegiada com a òrgan públic i acusador oficial.

L'acusador popular i el particular, una vegada constituïts com a parts, també poden sol·licitar diligències que s'han de practicar, llevat que es considerin inútils o perjudicials, i hi poden intervenir (art. 311.I, 312, 771.1a i f. i 776.3, tots de la LECrim), sempre que no s'hagi declarat el secret del sumari (art. 302.2 LECrim).

L'actor civil veu limitada la seva intervenció a la pràctica de diligències que s'encaminin a assegurar l'efectivitat de la responsabilitat civil (art. 320 LECrim).

Quant a l'imputat, està obligat a comparèixer si el cita el jutge, però no a declarar (art. 24.2 CE i 520.2.a i b LECrim), i, si no hi compareix, s'ha de dictar una ordre de detenció (requisitòria) (art. 487 LECrim) en la via nacional o ordre d'europea de detenció o ordre internacional (art. 835 i 784.4 LECrim i LO 2 i Llei 3/2003, de 14 de març, sobre l'ordre de detenció i lliurament).

1.2. Iniciació del procediment: la denúncia, la querella i la iniciació d'ofici

La *notitia criminis* pot arribar al coneixement del jutge per mitjans molt diversos: provinent de tercers –mitjançant la presentació d'una denúncia o d'una querella– o per coneixement del mateix jutge.

En qualsevol cas, l'òrgan judicial està obligat a investigar (llevat de casos excepcionals de manifesta absència de conducta delictiva o en què la denúncia aparegui com a manifestament falsa: art. 269 LECrim) i, si hi aprecia indicis racionals de delictes, ha d'obrir la instrucció del procés incoant la corresponent interlocutòria d'obertura del sumari o de diligències prèvies, segons el tipus de procediment que s'hagi de seguir. Si, al contrari, els fets denunciats o que figuren en la querella no són constitutius de delictes o el jutge no es considera competent per a instruir-los, pot desestimar la querella (art. 313 LECrim). Aquesta última resolució és recurrible (art. 313.2 LECrim).

1.2.1. La denúncia

És la declaració de coneixement o ciència, en virtut de la qual es posen en coneixement de l'autoritat uns fets que tenen els caràcters de delictes.

La Llei d'enjudiciament criminal diferencia entre la forma com hagin arribat a coneixement del denunciador els fets i la qualitat d'aquest.

1) Si el denunciador coneix del fet en l'exercici del seu càrrec, professió o ofici, el seu trasllat a l'instructor, fiscal o membre de la policia constitueix un deure, l'única excepció del qual s'estableix per als advocats i procuradors respecte de les instruccions dels seus clients (art. 262-263 i 772 i 773.2 LECrim i 5 EOMF).

2) Si el denunciador és testimoni directe del fet, ho ha de denunciar sota l'amenaça de sanció econòmica (art. 259 LECrim).

3) Si el denunciador no és testimoni directe, no se'l pot obligar a denunciar i, en aquest sentit, l'article 264 LECrim estableix un mer "deure cívica", basat en el deure de col·laboració de l'article 118 CE.

4) Finalment, de manera especial, si som davant un delictes perseguible a instància de part, la denúncia de l'ofès pel delictes actua com un pressupòsit processal de compliment inexcusable, sense el qual el jutge no pot iniciar el procediment.

Per mitjà de la denúncia simplement es dóna notícia a l'autoritat de la comissió d'un delictes, però no s'exerceix l'acció penal: per això no es requereix cap altre acte del denunciante, una vegada interposada la denúncia, ni que aquest hagi de provar els fets que s'hi consignen, sense perjudici de les responsabilitats corresponents als delictes que hagi comès mitjançant la denúncia mateixa o amb la seva ocasió (art. 264.II LECrim).

La denúncia es pot efectuar:

1) Davant l'òrgan jurisdiccional (el competent o un altre que li ha de remetre les actuacions, sense perjudici de poder dur a terme les més urgents: art. 13 LECrim).

2) Davant qualsevol membre del MF (art. 259, 262, 264 i 773.2 LECrim i art. 5 EOMF).

3) Davant funcionaris de la policia, sense distinció de la pertinença a diferents cossos.

Formalment, es pot fer per escrit o de paraula, personalment o mitjançant un mandatari amb poder especial (art. 265 a 268 LECrim).

Com a conseqüència de la denúncia, a més de la seva consignació en una acta que han de signar el declarant i el funcionari o l'autoritat que la rebí, el jutge, autoritat o funcionari ha de fer constar la identitat de la persona del denunciante i, si aquest ho exigeix, li ha de donar un resguard conforme ha formalitzat la denúncia (art. 266, 267 i 268 LECrim).

Més enllà d'aquests efectes, més formals, la Llei d'enjudiciament criminal preveu altres de més transcendència material, i singularment la necessària comprovació de la versemblança dels fets denunciats i si mereixen ser investigats.

1) Si la denúncia s'ha presentat davant l'òrgan judicial i es creu que els fets denunciats no són constitutius de delictes o falta, o si la denúncia sembla manifestament falsa, s'ha de dictar una resolució que arxivi les diligències.

2) Si la denúncia es va presentar davant la Fiscalia, l'article 5 de l'EOMF n'ordena la remissió al jutjat competent o, si escau, l'arxivament perquè la considera infundada, de la qual cosa ha de donar notícia al denunciante, o, finalment, la pràctica de diligències per a comprovar els fets i les presumptes

responsabilitats. No obstant això, recordeu que aquestes han de cessar tan bon punt es tingui coneixement per la via que sigui que s'han iniciat diligències judicials (art. 773.2.III LECrim).

3) Si, en un últim supòsit, la denúncia es presenta davant la policia, ha de derivar en un atestat, de la mateixa manera que si la policia coneix del fet per si mateixa.

Finalment, cal tenir present que la sol·licitud d'una ordre de protecció integral actua com a acte de denúncia d'un fet aparentment delictiu (art. 544 ter LECrim). El sol·licitant, però, no es constitueix en part.

1.2.2. La querella

És un acte processal pel qual es posa en coneixement d'un òrgan jurisdiccional la perpetració d'uns fets amb caràcter de delictiu i, a més, s'exerceix l'acció penal (art. 100 i 270 LECrim), cosa que fa que el querellant es constitueixi en part.

L'article 277 LECrim condiona l'eficàcia de la querella al compliment d'una sèrie de requisits:

- 1) S'ha de presentar mitjançant un procurador amb poder suficient i ha de ser subscripta per un lletrat.
- 2) Ha de deixar constància del següent:
 - a) El jutge o tribunal davant el qual es presenta.
 - b) El nom, els cognoms i el veïnatge del querellant.
 - c) El nom, els cognoms i veïnatge del querellat.
 - d) Una relació circumstanciada del fet, amb expressió del lloc, any, mes, dia i hora del fet, si se sap.
 - e) L'expressió de les diligències que s'han de practicar per a la comprovació del fet.
 - f) La petició que s'admeti la querella, es practiquin les diligències indicades en el número anterior, es procedeixi a la detenció i presó del presumpte culpable –o a exigir-li fiança de la llibertat provisional–, i s'acordi l'embargament dels seus béns en la quantitat necessària en els casos en què sigui procedent.
 - g) La signatura del querellant o la d'una altra persona a petició seva, si no sap o no pot signar, quan el procurador no tingui poder especial per a formular la querella.

L'omissió d'algun d'aquests requisits provoca diverses conseqüències segons la seva naturalesa:

1) Si són merament formals, són esmenables en aplicació de l'article 11.3 LOPJ, d'acord amb el qual "els jutjats i tribunals, de conformitat amb el principi de tutela judicial efectiva que consagra l'article 24 CE, han de resoldre sempre sobre les pretensions que se'ls formulin, i només les poden desestimar per motius formals quan el defecte sigui inesmenable o no s'esmeni pel procediment establert en les lleis".

2) Si són essencials i es tracta d'un delictes públic, la querella té el valor d'una mera denúncia; si són essencials i el delictes és privat, la querella s'inadmet.

Tenen capacitat per a presentar la querella: el MF (art. 124 CE, 3 i 4 EOMF i 271, 308 i 105 LECrim), les persones jurídiques i les físiques que estiguin legitimades per a exercir l'acció penal, és a dir, per a tenir la condició de parts acusadores.

L'admissibilitat de la querella se supedita al fet que es presti fiança (art. 280 LECrim), excepte si el querellant es troba en algun dels casos dels articles 281 LECrim (ofès i els seus hereus o representants legals; vidu o vídua, ascendents i descendents consanguinis o afins, col·laterals consanguinis o uterins i afins, fins al segon grau, hereus de la víctima, pare, mare i fills extramatrimonials, en els casos d'assassinat o homicidi). Així mateix, els estrangers han de prestar fiança o no d'acord amb el que subscriuen els convenis de l'Haia i la reciprocitat.

Examinada la concurrència dels requisits anteriors, si el jutge considera procedent la querella, l'ha d'admetre i manar practicar les diligències que s'hagin sol·licitat, llevat de les que consideri contràries a les lleis o innecessàries o perjudicials per a l'objecte de la querella, que ha de denegar en una resolució motivada (art. 312 LECrim). Contra la interlocutòria denegatòria de les diligències demanades es pot interposar recurs d'apel·lació a un sol efecte (art. 311.II LECrim).

Admesa la querella, el particular queda sotmès a tots els efectes al jutge d'instrucció o tribunal competent. No obstant això, se'n pot apartar i quedar subjecte a les responsabilitats resultants dels seus actes anteriors (art. 274.II LECrim).

La querella s'entén abandonada quan, per mort o perquè el querellant s'ha incapacitat, no hi compareix cap dels hereus o representants legals, en els trenta dies següents a la citació que els fa conèixer la querella (art. 276 LECrim). El mateix s'esdevé en el supòsit dels delictes perseguibles a instància de part, si es deixa d'instar el procediment en els deu dies següents a la notificació de la interlocutòria en què el jutge o tribunal ho hagi acordat (art. 275 LECrim).

La desestimació de la querella és procedent en dos casos: perquè el jutge no es consideri competent o perquè els fets no siguin constitutius de delictes (art. 313 LECrim). Aquest rebuig no és contrari al dret fonamental a la tutela judicial efectiva (STC 61/1982, 148/1987, 238/1988, 175/1989, 297/1994).

L'admissió, finalment, ocasiona una sèrie d'efectes, com la litispendència i la interrupció de la prescripció dels delictes (art. 114.2 CP).

1.2.3. La iniciació d'ofici

De conformitat amb l'article 308 LECrim:

"Immediatament després que els jutges d'instrucció [...] tinguin notícia de la perpetració d'un delictes, s'han d'assabentar el fiscal de l'audiència respectiva [...] i han d'informar a més el president de la formació del sumari."

Aquesta norma ha estat objecte de resolucions del Tribunal Constitucional que ha rebutjat la interpretació d'acord amb la qual el dit article 308 LECrim és una manifestació inquisitiva en la fase instructora del nostre procés penal.

La STC 41/1998, com anteriorment la 32/1994, assenyalava:

L'article 24 de la Constitució no imposa un únic sistema per a la persecució dels delictes i per a evitar l'obertura de judicis orals per acusacions sense fonaments. El model del jutge d'instrucció passiu, que es limita [...] podria perfectament ser un d'aquests. Com també ho podria ser el del jutge de garanties, [...]. També s'ajusta a la Constitució el model vigent, en el qual és el jutge qui dirigeix la investigació criminal [...]. L'opció entre aquests o altres models de justícia penal correspon al legislador, que pot configurar el sistema que sigui més convenient per a la satisfacció dels interessos públics, sempre que respecti els drets fonamentals de les persones afectades.

L'article 308 LECrim faculta l'òrgan judicial per a aixecar el corresponent testimoni sobre els fets presumptivament delictius dels quals té coneixement i remetre'l al jutjat de guàrdia o, informar-ne, si escau, el president de l'Audiència, però traslladant-lo, en tot cas, al MF a fi que sostingui o no l'acció penal, funció que és aliena a la competència de l'òrgan judicial (art. 102.3 LECrim).

2. La instrucció (II). Desenvolupament del sumari o diligències prèvies: els diversos actes d'investigació. Valoració de les diligències sumariales. Prova anticipada i prova preconstituïda

Acordada la formació del sumari, la Llei d'enjudiciament criminal dedica el llibre II ("Del sumari") a la regulació d'una sèrie de diligències de naturalesa molt diversa, barrejades sense més sistema amb altres aspectes de la fase d'instrucció.

Per a procurar un plantejament més aclaridor, en primer terme es dóna una breu relació del contingut de cada una de les diligències d'investigació, i seguidament s'empren l'espínos tema de determinar el valor atorgat a aquestes diligències en l'ordre probatori.

Una qüestió diferent, encara que connexa, és la necessitat d'anticipar o preconstituir prova en la fase instructora, aspecte que tractarem al final d'aquesta lliçó. Abans correspon examinar les diferents diligències que la Llei d'enjudiciament criminal preveu en l'etapa instructora.

2.1. La inspecció ocular

Aquesta diligència, també denominada *reconeixement judicial*, té per finalitat que el jutge prengui coneixement *in situ* de tot el que pugui estar relacionat amb l'existència i la naturalesa del fet delictiu.

La inspecció ocular té molta relació amb les diligències generals tendents a conservar el cos del delicte, per a la seva posterior utilització com a prova en el judici oral (art. 326 LECrim). De fet, com que no es pot reproduir en el judici oral, la inspecció ocular s'integra entre els casos típics de prova anticipada (art. 326.2 i 333 LECrim). Hi contribueix l'exigència legal de la seva documentació (per escrit en el mateix acte de la inspecció: art. 322 LECrim) i la necessitat que si hi ha ja alguna persona processada o imputada en el moment de procedir a la seva pràctica, la pugui presenciar sola o assistida per un defensor (art. 333 LECrim i en general 118 i 302 LECrim).

Aquesta diligència, per la seva rellevància, es practica amb preferència a les altres del sumari i la seva execució no se suspèn si no és per a assegurar la persona del presumpte culpable o per a donar auxili als perjudicats pel delicte (art. 366 LECrim). La llei diferencia el desenvolupament de la diligència segons que hi hagi empremtes en la perpetració del delicte (art. 326 II, 327 i 329 LECrim) o no (art. 330 i 331 LECrim).

Se sol entendre que la diligència de "reconstrucció del fet", no prevista expressament en la LECrim, troba el seu suport legal en aquesta figura, en concret d'acord amb el que disposa l'article 331 LECrim (STS 2 de març de 1993).

2.2. El cos del delictes

Sota la rúbrica de "cos del delictes" la Llei regula una sèrie de diligències molt relacionades amb l'anterior, que s'encaminen al coneixement de si els fets són constitutius de delictes, com i quins són els objectes utilitzats en la seva comissió i les conseqüències que se'n puguin derivar.

Integrat pels elements que s'esmenten en l'article 334 LECrim, el "cos del delictes" s'identifica amb la persona o cosa objecte del delictes, i es distingeix entre "cos material" –sobre el qual aquell recau– i "cos accidental" –per mitjà del qual s'incorpora en les actuacions com a peça de convicció– (STS de 6 de febrer de 1982).

La llei diferencia entre diligències directes de comprovació del cos del delictes de caràcter general i altres d'específiques segons el tipus de delictes concret.

Entre les primeres figuren:

- 1) El reconeixement i la descripció del "cos de delictes" *stricto sensu* (art. 335 LECrim).
- 2) La recollida, descripció, retenció, conservació o destrucció de l'instrument delictiu (arma, droga o qualsevol altre instrument) (art. 334 LECrim).

En el supòsit de delictes de tràfic de droga, s'ha de tenir en compte la Llei de 6 de juliol de 1994, que modifica l'article 338 LECrim preceptuant la destrucció del que s'ha confiscat, amb la conservació prèvia d'una mostra suficient per a garantir comprovacions o posteriors investigacions. La mostra queda sota custòdia judicial.

Quant a això convé tenir presents diverses disposicions: nacionals i internacionals. En el primer sentit, el RD 2783/1976, de 15 d'octubre, sobre conservació i destinació de peces de convicció; l'Ordre de 14 de juliol de 1983, sobre dipòsits judicials per a conservar les peces de convicció, i la Consulta 2/86 de la Fiscalia General de l'Estat, sobre ocupació, destrucció i comís d'estupefaents i psicotròpics en el procés penal.

- 3) El reconeixement i l'informe pericial del cos del delictes (art. 336 i 339 LECrim).
- 4) La realització d'anàlisis químiques o biològiques o l'obtenció de mostres biològiques, entre les quals destaca per la seva significació per a la identificació, les de l'ADN (art. 363. 2 LECrim en relació amb l'art. 326.3 LECrim).
- 5) Les declaracions testificals (art. 337 LECrim).

Entre les diligències de comprovació del cos del delictes, segons el delictes, la LECrim assenyala:

1) Si es tracta d'una mort violenta o sospitosa de criminalitat: s'ha de practicar el reconeixement i la descripció del *corpus criminis* (art. 340 i 335 LECrim), la identificació del cadàver i el seu aixecament (art. 340-342 i art. 770.4t. LECrim) i l'autòpsia (art. 343 LECrim i art. 8 de la Llei de Registre Civil i 274 del seu Reglament).

2) En cas d'enverinament, ferides o altres lesions: s'ha de proveir l'assistència facultativa a càrrec del metge forense (art. 350 a 352, 355 i 770.1a., i 778.3 LECrim) i, si escau, l'internament o hospitalització de la víctima (art. 778.5 LECrim).

3) En cas de robatori, furt, estafa o similar, s'ha d'aplicar l'article 364 LECrim, adaptat per la interpretació jurisprudencial, que el redueix als supòsits en què hi ha dubte sobre la preexistència de la cosa objecte de sostracció (art. 331 i 785.2 LECrim).

Finalment, pot ser que s'hagin de practicar diligències per a determinar les conseqüències econòmiques del delictes en els supòsits en què el delictes es configura a partir d'una quantitat determinada (delictes fiscal, per exemple) o per a establir l'abast de la pretensió civil de rescabament (examen de les declaracions de renda, patrimoni o dades bancàries, per exemple).

2.3. Determinació del presumpte delinqüent i de les seves circumstàncies personals

Aquest bloc s'ocupa de les determinacions del presumpte delinqüent i les seves circumstàncies personals.

2.3.1. Diligència de reconeixement

La diligència de reconeixement serveix per a determinar si aquell a qui s'atribueix participació en els fets és, almenys a efectes de la seva possible imputació, és mereixedor d'aquesta condició.

A aquest efecte es poden utilitzar diversos mitjans. Alguns d'aquests, com la declaració del mateix subjecte, la declaració de testimonis o el reconeixement en una roda, necessiten la presència de l'imputat a disposició de l'instructor.

En cas que el futur imputat no hi estigui present, hi ha mètodes molt diversos per a identificar-lo, com l'ús d'enregistraments, empremtes dactilars, escriptura, dades antropomètriques o genètiques, proves de veu, entre d'altres.

La tècnica dactiloscòpica consisteix a contrastar l'empremta dubitativa trobada al lloc del crim amb les que hi hagi als arxius policials de persones prèviament fitxades, per a valorar-ne les varietats morfològiques o punts característics. Perquè la prova tingui l'eficàcia desitjada, com en les proves cal·ligràfiques, s'han de poder sotmetre a contradicció en el judici oral.

Quant als **enregistraments**, fins a la LO 4/1997, de 4 d'agost, el nostre ordenament no disposava res pel que fa al cas; només la jurisprudència del TS en una sentència de 6 de maig de 1993 havia distingit entre enregistraments en llocs públics i enregistraments en llocs privats, supeditant en els primers el dret a la intimitat personal i a la pròpia imatge als interessos de la persecució penal. A partir del text legal esmentat s'autoritza la instal·lació de videocàmeres en determinades condicions (art. 3.1 a 4). La utilització d'aquest instrument identificatiu se sotmet al principi de proporcionalitat en la seva doble versió d'idoneïtat i intervenció mínima (art. 6).

Prova d'ADN. El seu alt grau de fiabilitat n'ha estès la pràctica. A partir de la reforma dels articles 363.2 i 326.3 LECrim s'ha establert la base legal per a ordenar l'obtenció de mostres biològiques del sospitós indispensables per a determinar el seu perfil d'ADN, i permetre a aquest efecte els actes d'inspecció i reconeixement o intervenció corporal que siguin adequats. Com a mesura limitadora d'un dret fonamental que és, l'anàlisi dels pressupòsits que s'han de presentar en la seva adopció, i les garanties per a la seva posterior incorporació al procés, s'analitzen més endavant.

D'altra banda, cal fer avinent la creació d'una comissió nacional sobre l'ús forense de l'ADN, a la qual s'encomanen una sèrie de funcions: 1) acreditar els laboratoris facultats per a contrastar perfils genètics en la investigació i persecució de delictes i la identificació de cadàvers; 2) establir els criteris de coordinació entre aquests laboratoris; 3) elaborar els protocols tècnics oficials sobre l'obtenció, la conservació i l'anàlisi de les mostres; 4) determinar les condicions de seguretat en la seva custòdia, i 5) fixar les mesures que garanteixin l'estricta confidencialitat i reserva de les mostres, les anàlisis i les dades que se n'obtinguin.

Ús forense de l'ADN

L'apartat quart de la disposició final primera de la LO 15/2003, de 26 de novembre, de reforma del Codi penal preveu la creació d'un organisme central sobre l'ús forense de l'ADN.

2.4. Declaracions de testimonis

Els testimonis són les persones físiques amb la condició jurídica de tercers que declaren en el procés penal davant el jutge sobre fets i circumstàncies passades.

Tota persona capaç té, en principi, el doble deure de comparèixer a la crida del jutge i de prestar declaració davant d'ell, i d'explicar-li tot el que sap sobre un fet delictiu. De manera excepcional, algunes persones estan eximides d'algun d'aquests deures, o de tots dos (art. 411 i seg. LECrim).

2.4.1. Subjectes exempts

1) Estan exempts del deure de presentar-se a la crida del jutge i del deure de declarar: el Rei, la Reina, els seus respectius consorts, el príncep hereu i els regents del Regne (art. 411.I LECrim).

2) Estan exempts del deure de presentar-se a la crida judicial, però no del de declarar –encara que ho poden fer de manera especial:

- a) Els que poden declarar per escrit: altres persones de la Família Reial (412.1 LECrim).
- b) Aquells als quals es permet també declarar per escrit sobre fets dels quals tinguin coneixement per raó del seu càrrec: president i altres membres del Govern, del Congrés dels Diputats, Senat, comunitats autònomes, entre d'altres (art. 412.2 LECrim). Si es tracta de fets que no tenen a veure amb l'exercici del seu càrrec, la declaració s'ha de prendre per escrit al seu domicili o despatx oficial (art. 412.3 LECrim).
- c) Aquells que han de declarar però ho poden fer al seu despatx oficial o a la seu de l'òrgan del qual siguin membres (art. 412.5 LECrim).

3) També estan exempts de declarar, però no per raó de l'estatus que ocupen en l'organització de l'Estat:

- a) Els parents de l'imputat en el grau que estableix l'article 416.1 LECrim.
- b) L'advocat del processat respecte dels fets que aquest li confiï com a defensor (art. 416.2 LECrim).
- c) Els clergues i ministres d'altres cultes sobre fets revelats en l'exercici de les seves funcions (art. 417.1 LECrim).
- d) Els funcionaris públics en els termes que assenyalava l'article 417.2 LECrim, sota amenaça, a més, de la comissió del delictes que preveu l'article 367 CP.
- e) Els impossibilitats físicament o moralment (art. 417.3 LECrim).
- f) Els agents diplomàtics o altres membres de la carrera o al seu servei, també d'acord amb el que prescriuen els art. 411.II, 412.7 i 415, tots de la LECrim.

2.4.2. Sanció davant l'incompliment

L'incompliment dels deures de comparèixer i de declarar està sancionat de diverses maneres. En primer terme, amb una multa de 200 a 5.000 euros. En cas que persisteixi l'incompliment del deure, el testimoni pot ser conduït per la força pública a presència judicial i pot ser perseguit pel delictes d'obstrucció a la justícia d'acord amb l'article 463 CP. Si es nega a declarar escau, fins i tot, el processament per desobediència greu a l'autoritat (art. 556 CP) (art. 420 LECrim).

2.4.3. La determinació dels testimonis

El jutge d'instrucció pot cridar a declarar en qualitat de testimonis, en primer lloc, les persones assenyalades en l'atestat, en la denúncia o en la querella com a tals, i evidentment totes aquelles altres persones que, sense que apareguin consignades en els escrits esmentats, es consideri en el curs de les investigacions que puguin tenir coneixements relacionats amb el fet punible (art. 421 LECrim).

2.4.4. Procediment

La pràctica de la declaració testifical s'efectua a la seu del jutjat, amb algunes excepcions.

Excepcions

Les excepcions a la pràctica de la declaració testifical a la seu del jutjat són:

- 1) Que el testimoni resideixi fora de la circumscripció del jutjat, supòsit en què es pot comissionar el jutge de la circumscripció de residència del testimoni (art. 422.I i II i 423 LECrim).
- 2) Que el testimoni resideixi a l'estranger, supòsit en què pot fer la declaració per la via de cooperació internacional (424 LECrim i 276 LOPJ).
- 3) Que el testimoni hagi de ser examinat urgentment o estigui físicament impedit, casos en què el jutge es pot desplaçar (art. 430.III LECrim).

La citació als testimonis s'ha d'efectuar d'acord amb els articles 166 a 182 LECrim, amb les particularitats que preveuen els articles 430 a 433 LECrim (cèdula per mitjà d'un agent judicial, correu certificat amb justificant de recepció, o edictes; llavors s'ha d'inserir la cèdula en el BOP o en el BOE). La seva correcció presenta una especial rellevància des del punt de vista del dret de defensa. En el procés abreujat regeix l'atenuació de l'article 762.3a LECrim.

Quant a la forma de la declaració testifical, s'ha de fer oralment amb el jurament/promesa previ (art. 434 LECrim), llevat que el testimoni sigui menor de 14 anys (art. 433 i 706 LECrim) o que es tracti de testimonis menors d'edat víctimes de determinats delictes (art. 707 LECrim). En cas de testimoni sordmut o que no sàpiga el castellà cal atènyer-se al que disposen els articles 440 i 442 LECrim i 231.3 LOPJ. Si el testimoni és estranger, s'hi ha d'aplicar l'article 424 LECrim.

Les preguntes han de ser clares i directes, i es prohibeixen les capcioses o suggestives (art. 439 LECrim).

Les primeres preguntes s'encaminen a identificar el testimoni i la seva relació amb l'objecte i els subjectes del procés penal ("preguntes generals de la llei": art. 436 LECrim); la resta han de versar ja sobre l'objecte propi del testimoni (art. 436.II i 445 LECrim).

Les respostes s'han de fer valent-se tan sols de la memòria, i el testimoni pot fer ús de notes si les dades són complexes (art. 437 i 438.II LECrim).

En finalitzar la declaració s'ha d'advertir el testimoni del seu dret a llegir les declaracions, o ho ha de fer el secretari si aquest no hi és, i tots els intervinents han de signar (art. 443, 444, 446 i 447 LECrim). L'òrgan judicial ha d'informar el testimoni de l'obligació de comparèixer per a declarar de nou, si escau, i de posar en coneixement els canvis de domicili.

2.4.5. Mesures de protecció de testimonis

Per a procurar que la col·laboració amb l'Administració de justícia no ofereixi conseqüències indesitjables a qui deposa testimoni en determinades circumstàncies o sobre aspectes concrets, la LO 19/1994, de 23 de desembre, preveu la possibilitat que, d'ofici o a instància de part, s'acordin certes mesures de protecció, davant la concurrència racional de perill greu per a la persona o els béns del testimoni o dels que estiguin units a ell per relacions de parentiu o afectivitat.

La intensitat d'aquestes mesures varia en funció de la fase del procés. Així, durant la instrucció és possible mantenir completament oculta la identitat del testimoni i la seva localització, a més de procurar-li la protecció policial que requereixi.

Tanmateix, oberta la fase de judici oral, si es proposa la declaració del testimoni protegit, la part contrària pot sol·licitar prendre coneixement de la identitat del testimoni: en cas contrari, s'estima que el dret de defensa es veuria limitat en excés, ja que l'acusat no podria posar mai en relleu certes circumstàncies personals del testimoni que podrien desacreditar la seva declaració. Ara bé, la revelació de la identitat del testimoni no és un obstacle per al manteniment de les altres mesures de protecció, com l'ocultació de la seva imatge, la protecció policial o, fins i tot, facilitar al testimoni una nova identitat i mitjans econòmics per a canviar la seva residència o lloc de treball.

2.5. Declaració del processat/imputat

Si bé l'article 385 LECrim estableix la facultat del jutge d'instrucció per a requerir els processats perquè prestin totes les declaracions que consideri convenients i l'article 387 LECrim precisa que se'ls ha d'exhortar a dir la veritat, la incidència de la Constitució obliga a considerar-los derogats, quan "cap persona no pot ser obligada a declarar" (art. 17.3 CE) encara que estigui detinguda o presa, atès que es té el dret a no declarar contra un mateix i a no declarar-se culpable (art. 24.2 CE i 520 LECrim). És més, el jutge ha d'advertir l'imputat que no està obligat a declarar en el sentit indicat. Així mateix, després de la reforma de l'article 302 LECrim, els acusadors i els actors civils tenen dret a presenciar la declaració de l'imputat o processat, llevat que s'hagi declarat el secret intern del sumari.

La declaració de l'imputat o sospitós, si està detingut, s'ha de fer en el termini de vint-i-quatre hores, prorrogables (art. 386 LEC), i es pot repetir totes les vegades que creguin necessari l'instructor, el fiscal, els altres acusadors o el mateix declarant (art. 385 i 400 LECrim). Tanmateix, no hi ha un termini per a la indagatòria, quan l'imputat no està detingut (art. 386 LECrim).

El contingut de la indagatòria es determina en l'article 388 LECrim: se li ha de preguntar pel nom, els cognoms i els antecedents, si en té. És el que usualment es coneix com a *preguntes generals de la llei*. Així mateix, ha de ser informat de l'acusació o imputació que pesi contra ell; del seu dret al silenci, a no declarar i a no fer-ho com a culpable.

Les preguntes han de ser directes, clares, precises i d'acord amb la veritat i encaminar-se a esbrinar els fets i la participació de l'interrogat i altres copartíips.

La durada de l'interrogatori l'estableix l'article 393 LECrim, en el sentit d'ordenar-ne la suspensió quan la durada amenaci la serenitat de judici necessària, i fins que no es recuperi.

Es permet al declarant manifestar el que consideri convenient per a la seva exculpació o per a l'explicació dels fets (art. 396 LECrim).

Si no coneix l'idioma espanyol o és sordmut, s'hi ha d'observar el que disposen els articles 440, 441 i 442 (art. 398 LECrim).

El processat pot llegir la declaració. Si no ho fa així, l'ha de llegir el secretari en presència seva. La diligència l'han de signar tots els que intervinguin en l'acte.

Declaració del processat

Si en les successives declaracions es produeixen discordàncies o retractacions, són interrogats sobre la raó de les seves contradiccions i sobre les causes de la seva retractació (art. 405 LECrim).

La confessió del processat, si bé no exclou que el jutge continuï investigant, en aplicació del principi de la recerca de la veritat material (art. 406 LECrim), pot servir no obstant això com a indici per a enervar la presumpció d'innocència si el jutge així ho valora en consideració al conjunt d'elements del judici (art. 741 LECrim.)

2.6. Acarament

Els articles 451 a 455 LECrim regulen la possibilitat que, davant la discordància sobre un fet o circumstància que interessi en el sumari, dels testimonis o els processats entre si o aquells amb aquests, el jutge faci un acarament entre qui correspongui.

Es tracta d'una mesura excepcional, com es dedueix clarament de l'article 455 LECrim, en virtut del qual "no s'han de fer acaraments sinó quan no es conegui cap altra manera de comprovar l'existència del delictes o la culpabilitat d'algun dels processats".

Es verifica davant del jutge, qui ha de manifestar les contradiccions i convidar els acarats a posar-se d'acord (art. 452 LECrim). El secretari ha de diligenciar les actuacions (art. 453 LECrim).

2.7. Informes pericials

L'informe pericial és el dictamen realitzat entorn de les circumstàncies importants per a la investigació per part de persones amb coneixements científics o artístics especialitzats que el jutge no té (art. 456 LECrim).

2.7.1. Els pèrits

El pèrit pot ser una persona física o jurídica, pública o privada, titulada –com a regla general– o sense titular (art. 457 i 458 LECrim).

En concret, és freqüent la intervenció de determinats organismes oficials amb un alt grau d'especialització i importants mitjans tècnics, com l'Institut Nacional de Toxicologia (art. 505 LOPJ i Ordre de 3 de juny de 1987), l'Institut de Medicina Legal (art. 504 LOPJ) o els serveis de policia científica (RD 59/1987 i Ordre de 17 de febrer de 1998).

Organismes oficials

Com veurem al seu moment, acudir a aquests organismes oficials implica, a més a més de determinades garanties de veracitat, un eficaç instrument a efectes de prova si es consideren com a "diligències objectives de valor incontestable" (prova preconstituïda) i per tant que no necessiten reproducció en el judici oral, si les parts no les van impugnar, i entren en el judici oral com a prova documental (que s'ha de llegir en el judici oral d'acord amb l'article 730 LECrim). Si no és així, s'haurien de sotmetre a contradicció en la fase de judici oral, esmentant els que van actuar com a pèrits en l'informe que s'impugna, o articulant contraprova (STC 100/1985 i 24/1998, entre d'altres). En aquest sentit l'article 788.2 LECrim assenyala:

En l'àmbit d'aquest procediment (*sic*: abreujat) tenen caràcter de prova documental els informes emesos per laboratoris oficials sobre la naturalesa, quantitat i puresa de substàncies estupefaents quan hi consti que s'han fet seguint els protocols científics aprovats per les normes corresponents.

El nombre mínim de pèrits és de dos en el procés ordinari per delictes greus i d'un en l'abreujat, si el jutge ho considera suficient (art. 459 i 778.1 LECrim).

El nomenament es fa mitjançant un ofici que es lliura al designat (460 i 461 LECrim).

Del nomenament es deriva una doble obligació: acudir a la crida judicial, llevat d'excepció (art. 462 LECrim), i prestar l'informe pericial. El seu incompliment, per tant, genera responsabilitats (art. 420 LECrim i 459 i 460 CP). Simultàniament es creen drets, fonamentalment a la percepció d'una quantitat en qualitat d'honoraris i indemnitzacions que s'han de fixar, si no reben ja retribució fixa de l'Estat o una altra corporació pública (art. 465 LECrim i art. 9 i 10 del Conveni europeu d'assistència judicial en matèria penal).

2.7.2. El procediment del peritatge

El procediment per a l'elaboració de l'informe pericial s'inicia per la determinació judicial del seu objecte (art. 475 LECrim).

La possibilitat de contradicció no es preveu en la LECrim, llevat del supòsit que, pel fet que no es pot reproduir en el judici oral, es configuri com a prova anticipada (art. 476 en relació amb el 467, tots dos de la LECrim). A aquest efecte, la pràctica de la perícia es modifica incorporant la possibilitat de recusar els pèrits (art. 467 a 470 LECrim); a més, cada part pot nomenar a càrrec seu un pèrit perquè intervingui en l'acte (art. 471 a 473 LECrim), i tant l'encausat com les parts acusadores poden ser presents amb els seus representants, o sotmetre els pèrits a les observacions que estimin oportunes (STS de 23 de febrer de 1994).

Finalment, per a l'elaboració de l'informe, els pèrits han de declarar, sota jurament o promesa, no proposar-se cap més finalitat que el descobriment de la veritat i dur a terme fidelment les seves operacions (art. 474 LECrim). Així mateix, per a preservar la seva imparcialitat, es preveuen causes d'inhabilitat que coincideixen amb aquelles que, si escau, eximirien de l'obligació de depòsar com a testimonis (art. 464 LECrim).

2.8. Identificació de l'imputable o processable i de les seves circumstàncies personals

Si malgrat les diligències practicades el jutge té dubtes respecte a la identitat de l'imputable o processable, la LECrim preveu la possibilitat de la denominada *diligència de reconeixement*, més coneguda com a *reconeixement en roda*.

Aquesta mesura uneix per a la seva pràctica, als requisits assenyalats en els articles 369, 370, 371 i 372 LECrim, altres de derivats del dret de defensa:

- La necessitat que es desenvolupi en presència judicial, amb l'assistència del secretari judicial i d'un lletrat (excepte en els casos d'alcoholèmia) (art. 520 LECrim).
- L'exigència que es practiqui amb determinades garanties: formar-la amb persones semblants i repetir-se en presència judicial, si la primera es va fer a la comissaria.
- El reconeixement ha de ser inequívoc.

Eficàcia de la diligència

L'eficàcia de la diligència és la pròpia de la seva pràctica sumarial; en conseqüència, ha de ser objecte de declaració testifical en el judici oral, i s'ha de sotmetre a contradicció i ha de servir com a complement. Tanmateix, la seva legitimitat no es veu afectada per la mostra prèvia de fotografies a qui ha d'efectuar el reconeixement (STS de 20 de juny de 1986, de 4 d'octubre de 1986, d'11 de febrer de 1987 i d'11 de març de 1987, entre d'altres).

2.8.1. L'edat

De vegades, l'edat de l'imputat pot ser transcendent per al procés, especialment quan no és clar si aquest és o no menor (ja que d'això depèn l'aplicabilitat d'un marc penal i processal molt diferent). Per a l'acreditació de l'edat s'ha de portar el certificat de la inscripció de naixement de l'imputat en el Registre Civil o la partida de baptisme, si no està inscrit en el Registre (art. 375 LECrim).

En el procediment abreuïat l'article 762.7a LECrim exigeix de presentar el certificat de naixement quan la identitat no ofereixi dubtes, i fins i tot si n'ofereix, es prescriu que no es pot demorar la conclusió de la instrucció per la seva falta, sense perjudici que, quan es rebin, s'aportin a les actuacions. Així mateix, es permet la identificació mitjançant el DNI.

Si l'edat no es pot determinar per cap d'aquests mitjans i és necessari conèixer-la, s'ha d'efectuar pericialment, per mitjà de les característiques físiques de l'imputat (art. 375 i 762.7a LECrim).

2.8.2. La conducta i els antecedents

Més que aportar dades per a la identificació, hi ha certes diligències que tendeixen a establir la veritable personalitat de l'imputat, a efectes de la pena que pugui recaure si escau.

Desfasament dels articles 377 i 378 LECrim

De manera clarament desfasada els articles 377 i 378 LECrim assenyalen que es pot sol·licitar informes de conducta a l'alcaldia o als corresponents funcionaris o a les persones que pel coneixement que tinguin de l'encausat puguin il·lustrar l'instructor. Amb un plantejament més adequat a la realitat dels nostres dies, sobretot en les grans poblacions, l'article 379 LECrim faculta per a la sol·licitud d'un certificat del Registre Central de Penats i Rebels.

2.8.3. La capacitat mental

Com que l'alienació i el trastorn mental transitori són circumstàncies eximentes de la responsabilitat penal (art. 20 núm. 1r., 2n. i 3r. CP), l'òrgan judicial pot acordar la pràctica d'informes pericials dirigits a determinar aquestes qüestions. La perícia ha de seguir el procediment que estableixen els articles 456 a 485 LECrim.

Si la demència sobrevé després de la comissió del delictes, conclòs el sumari, s'ha de manar arxivar la causa fins que el processat recobri la salut, i a més se n'ha de disposar l'internament (art. 383 LECrim i 20.1, 21.1 i 60 CP).

Finalment, si la demència sobrevé un cop acordada l'obertura del judici oral, aquest s'ha de dur a terme i s'han adoptar les mesures que siguin procedents en sentència ferma, sense que sigui possible fer-ho mitjançant una interlocutòria de sobreseïment lliure: així ho aconsella l'estat processal en què es troba la causa i, sobretot, ho exigeix el fet que perquè els tribunals puguin declarar respecte als alienats els efectes que preveu l'article 20.1 CP, s'hagin d'observar les garanties dels articles 24 CE, 1 LECrim i 3 CP.

Durada de l'internament psiquiàtric

Un aspecte pràctic important és el de la durada de l'internament psiquiàtric, que l'hauria d'assenyalar el jutge, com a garantia que no s'excedeixi més del necessari (vegeu STC 319/1987 i SAP de Cantàbria de 21 de març de 1991 i, a mer títol orientatiu, la Instrucció de la Fiscalia General de l'Estat 6/1987).

2.9. Diligències per a determinar el dany i el responsable

Si no s'ha fet reserva de l'acció civil per al seu exercici mitjançant un procés civil diferenciat del penal, la fase d'investigació també s'ha d'encaminar a determinar el dany originat i la responsabilitat civil que en deriva.

Aquestes diligències, que obren l'anomenada "peça de responsabilitat civil", no es preveuen de manera específica en la LECrim. Únicament l'article 365 LECrim es refereix al peritatge dels danys en els supòsits de delictes patrimonials.

2.10. Altres actes d'investigació

Seguidament, estudiarem altres actes d'investigació.

2.10.1. Circulació o lliurament vigilat d'estupefaents

La Llei orgànica 8/1992, de 23 de desembre, incorpora la Convenció de les Nacions Unides sobre el tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques, de 20 de desembre de 1988, i junt amb aquesta un increment de la reacció penal davant les conductes esmentades, i, entre d'altres, estableix aquesta mesura.

D'altra banda, el nostre ordenament també incorpora el Conveni de Schengen (art. 73), que regula el règim dels lliuraments vigilats de les substàncies esmentades.

La mesura consisteix, substancialment, a permetre que remeses il·lícites de les repetides substàncies circulin per territori espanyol o en surtin i hi entrin sense interferència obstativa de l'autoritat o els seus agents, però sota la seva vigilància, amb la finalitat de conèixer els seus destinataris i poder perseguir així de manera més eficaç aquestes formes de delinqüència.

Un cop acordada pel jutge d'instrucció, el MF o els caps de les unitats orgàniques de la policia judicial, la seva pràctica s'ha d'acordar cas per cas, i la seva adopció s'ha de transmetre immediatament a la Fiscalia Especial per a la prevenció i repressió del tràfic il·legal de drogues. Així mateix, si hi ha un procediment penal incoat, se n'ha de donar compte immediatament al jutge d'instrucció.

2.10.2. Actuació d'agents encoberts

En la mateixa línia de promoure una persecució més eficaç de la delinqüència organitzada, es va introduir el 1999 l'article 282 bis LECrim que regula la investigació d'agents encoberts.

La mesura és reservada per a la investigació de certs tipus de delictes (art. 282 bis 4 LECrim), sempre que es cometin de manera organitzada, és a dir, per una associació de tres o més persones organitzades per a delinquir permanentment o reiteradament.

En essència, es permet que agents de la policia judicial actuïn sota una identitat presumpta –facilitada pel Ministeri de l'Interior– i s'infiltrin en les organitzacions delictives, per a obtenir informació amb què aconseguir-ne la desarticulació i la condemna dels seus membres.

La informació que vagi obtenint l'agent encobert s'ha de posar com més aviat millor en coneixement del jutge que va autoritzar la investigació; així mateix, aquesta informació s'ha d'aportar al procés en la seva integritat i l'ha de valorar en consciència el tribunal competent en el judici oral.

Com a única manera de fer possible la tasca de l'agent encobert, es dissenya un sistema d'exempció de responsabilitat penal respecte de les actuacions que siguin una conseqüència necessària del desenvolupament de la investigació (art. 282 bis 5 LECrim) i també es disposen mesures especials de protecció i ocultació de la seva veritable identitat (art. 282 bis 2 LECrim).

2.11. Valoració de les diligències sumariales. Prova anticipada i prova preconstituïda

Com s'ha assenyalat des d'un principi, la instrucció o fase sumarial s'encamina a esbrinar i comprovar les circumstàncies objectives (fet presumptivament delictiu i circumstàncies) i subjectives (presumpte culpable) de l'acció penal. Si es presenten, i sempre que algú sostingui aquesta acció, s'ha d'obrir el judici oral per a desenvolupar-hi l'activitat pública i contradictòria necessària per a enervar la presumpció d'innocència i pronunciar una sentència condemnatòria o, si no és així, absoldre.

Configurat així el procés penal, la prova de l'existència de l'acció penal només es pot produir en l'enjudiciament, és a dir, en la fase de judici oral.

En definitiva, els actes de la investigació s'encaminen a fonamentar suficientment la imputació, l'adopció de mesures cautelars i la petició d'obertura de judici oral o de sobreseïment; però res més. En altres termes, els actes

d'investigació duts a terme durant la instrucció no estan encaminats a fonamentar la sentència penal. Només els actes de prova practicats en el judici oral serveixen de fonament a la sentència (art. 741.1 LECrim).

Actes d'investigació

Sobre uns principis, substancialment correctes, establerts per la LECrim en l'article 741 LECrim (només es poden valorar com a prova les practicades en el judici), la mateixa Llei esmenta una sèrie d'excepcions (prova anticipada) i la necessitat i la pràctica n'han anat desenvolupant una aplicació extensiva (prova preconstituïda), el risc de la qual és la desnaturalització del repetit principi bàsic i la tornada al fet que les activitats de la instrucció esdevinguin determinants (vegeu l'"Exposició de motius" de la Llei d'enjudiciament criminal de 1882).

L'anomenada *prova anticipada*, que tornarem a tractar en analitzar la fase probatòria, consisteix essencialment en la pràctica d'un mitjà de prova en fase d'instrucció, és a dir, en un moment previ anterior al que li correspon, davant la previsió fonamentada que no es pot fer en el marc del judici oral.

Consulta recomanada

Art. 675 III, 777.2; 797.2, 350, 356, 467.II, 471 i 476, tots de la LECrim.

Exemples

Exemples clars d'aquest tipus de proves són els que preveu l'article 718 LECrim (declaració en el domicili d'un testimoni impossibilitat per a comparèixer en el local del judici), en l'article 727 LECrim (inspecció ocular que s'hagi de fer fora de la capital on tingui la seu el tribunal), en l'article 727.II LECrim; en l'article 719 LECrim (testimoni resident a l'estranger), o en l'article 777.2 LECrim.

Juntament amb aquests casos de prova anticipada, en sorgeixen d'altres denominats *de prova preconstituïda*, en què l'excepció apareix davant la necessitat de cohonestar diversos interessos: d'una banda, evitar la impunitat i la recerca de la veritat material, garantint simultàniament que la prova es practica en el judici i amb totes les garanties, i de l'altra, articular un remei davant determinades diligències que no es poden reproduir i que s'han desenvolupat en l'etapa instructora i naturalment sense observar moltes de les garanties d'una activitat encaminada a enervar la presumpció d'innocència.

Exemples a tall de síntesi

En síntesi, es tracta d'evitar tant la impunitat dels autors d'un delictes com la condemna que no sigui respectuosa de les garanties constitucionals. Exemples d'aquests supòsits els ofereixen els actes limitadors de drets fonamentals (entrada i escorcoll, intervencions de comunicacions personals, la confiscació de drogues, els croquis, el resultat d'una videovigilància, etc.). En tots aquests supòsits, és innegable que sí, per exemple, la droga s'ha de destruir, és irreproducible en el judici la confiscació i les seves circumstàncies (quantitat, qualitat, etc.). D'aquí la necessitat de preconstituir l'activitat probatòria al si de la mateixa instrucció, d'una banda, i d'incorporar el resultat a la fase de judici oral, propiciant la contradicció necessària, de l'altra.

En aquesta matèria, la qüestió ofereix una doble perspectiva. D'una banda, decidir fins on pot cedir l'ordenament en l'excepcionabilitat d'aquesta prova, i, de l'altra, establir quins mecanismes són ineludibles per a compensar la relaxació d'exigències.

Com a criteri general, per tant, demostrat que la diligència policial o sumarial no es pot reproduir en el judici, la seva valoració com a prova depèn del compliment de certes formalitats: en el cas de les diligències policials és necessari que els agents que les van practicar compareguin en el judici per a ratificar-les,

excepte si es tracta d'un procés abreujat; si es tracta de diligències sumarians, és necessari que es doni lectura en l'acte del judici a la documentació corresponent, de conformitat amb l'article 730 LECrim. A aquest efecte vegeu l'Acord del TS de 28 de novembre de 2006, sobre l'abast de l'article 714 LECrim en relació amb les declaracions prestades davant la policia.

Finalment, en el pla del dret positiu, els articles 777.2 i el 797.2 LECrim incorporen l'essència de la doctrina recaiguda en matèria de prova anticipada, i assenyalen una triple exigència:

- 1) D'una banda, la documentació necessària del mitjà de prova (art. 777.2.II i 797.2.II LECrim).
- 2) I de l'altra, la necessitat de la seva reproducció adequada en el judici oral (art. 777.2.III i 797.2.III LECrim).
- 3) I també la ja repetida incorporació d'un segon paràgraf a l'article 788.2 LECrim (informes emesos per laboratoris oficials).

3. La instrucció (III): mesures limitadores de drets fonamentals

En aquest apartat s'agrupen una sèrie de diligències, de finalitat similar a les d'investigació o les cautelars, però la característica pròpia de les quals és que comporten actuacions limitadores de drets catalogats com a fonamentals.

Aquesta circumstància, per imperatiu de la Constitució (art. 18.2 CE), de les seves normes integradores (art. 12 Declaració universal de drets de l'home; art. 17 PIDCP i art. 8 CEDH) i, més específicament, del principi de proporcionalitat, implica que l'adopció de la mesura concreta se sotmeti a determinats pressupòsits: a) la previsió normativa (principi de legalitat formal i material); b) adoptar-se en el marc d'un procés, és a dir, la jurisdiccionalitat, i la necessitat qualificada de motivació, i finalment, c) la subjecció al principi de proporcionalitat *stricto sensu*.

D'acord amb l'anomenada *previsió normativa*, qualsevol restricció de drets i llibertats fonamentals, perquè sigui legítima, ha d'estar prevista legalment en la mateixa Constitució: dret a la llibertat (art. 17.2 i 4 CE), inviolabilitat del domicili (art. 18.2 CE), secret de les comunicacions (art. 18.3 CE) i dret d'associació (art. 22.4 CE), o en la llei processal corresponent (STC 49/1999).

Aquesta exigència és el problema fonamental que comporta la falta de previsió normativa suficient de les intervencions corporals, malgrat l'avenç que ha representat la reforma dels articles 326 i 363 LECrim, com veurem més endavant.

En consideració a la "jurisdiccionalitat", la mesura l'ha d'adoptar un òrgan jurisdiccional i al si d'un procés (STC 49/1999, F. J. 7è.).

Aquí s'inclou també l'exigència de motivació de les resolucions judicials limitadores de drets fonamentals, que a més de ser un deure general consagrat per a tot tipus de resolucions (art. 120.3 i 24 CE), assoleix més intensitat quan les mesures adoptades limiten un dret fonamental o una llibertat pública (STC 62/1982 i moltes altres de posteriors).

Finalment, l'exigència de proporcionalitat inclou un triple aspecte: idoneïtat, necessitat i proporcionalitat *stricto sensu*.

La **idoneïtat** fa referència, objectiva i subjectiva, a la causalitat de les mesures en relació amb les seves finalitats, tant qualitativament (entrada i escorcoll per a aconseguir proves) com quantitativament (durada de la intervenció del telèfon).

La **necessitat**, també denominada *alternativa menys costosa*, compara la mesura restrictiva que es pretén adoptar amb altres de possibles, i s'ha d'acollir la menys lesiva per als drets dels ciutadans (llibertat provisional - presó provisional, vigilància al domicili, ordre de no absentar-se).

La **proporcionalitat en sentit estricte**, per acabar, s'aplica una vegada examinada la concurrència dels dos precedents i comporta la ponderació d'interessos segons la circumstància del cas concret, determinant si el sacrifici dels drets individuals que comporta la restricció té una relació proporcional amb l'envergadura de l'interès estatal que es tracta de salvaguardar (dret a l'honor-llibertat d'expressió; dret a la informació-interès de persecució penal).

Funció hermenèutica de l'exigència de proporcionalitat

La concurrència d'aquests pressupòsits té caràcter genèric, i per tant, és aplicable a totes les mesures limitadores de drets fonamentals. A més, aquesta configuració compleix una important funció hermenèutica de la complexa regulació legal, de la seva absència o de les diferents interpretacions dels tribunals respecte de totes dues. Amb el mateix objectiu, és important també la jurisprudència dels tribunals Constitucional i Suprem, malgrat la seva interpretació no sempre coincident i, evidentment, la del Tribunal Europeu de Drets Humans.

3.1. Entrada i escorcoll en un lloc tancat (art. 545 a 572 LeCrim)

Encara que l'entrada i l'escorcoll són en rigor dues diligències diverses que poden tenir un sentit diferent –l'entrada per a buscar algú o una cosa localitzada i l'escorcoll per a localitzar algú o alguna cosa– a la pràctica solen anar unides, i consisteixen en la penetració en un recinte aïllat de l'exterior per a buscar i recollir fonts d'investigació o la mateixa persona del processat.

L'anàlisi de la mesura parteix del dret que preveu l'article 18 CE amb el tenor següent: "El domicili és inviolable. No s'hi pot fer cap entrada o escorcoll sense el consentiment del titular o una resolució judicial, llevat del cas de delictes flagrant".

Una lectura d'aquest precepte constitucional, de l'article 553 LECrim i de la vasta jurisprudència recaiguda entorn d'aquesta diligència permet distingir fins a cinc casos en què l'entrada en un lloc tancat no constitueix delictes, ni necessita una ordre judicial:

1) Quan el titular consenti l'entrada i/o l'escorcoll al seu domicili. Per a això s'exigeix que l'autoritat que hagi de fer la diligència sol·liciti el permís de manera expressa i formal; que el presti una persona capaç (art. 566 LECrim) de

manera conscient i lliure, ja sigui de manera expressa, tàcita o presumpta (vegeu art. 551 LECrim), i sempre que qui hi consenteixi sigui el titular del domicili.

2) Quan hi hagi manament de presó contra una persona i es tracti de la seva captura.

3) Quan algú sigui sorprès en delictes flagrants.

Les dificultats d'aplicació pràctica d'aquest últim supòsit es deriven de la difícil interpretació del terme *delictes flagrants*.

4) Quan una persona immediatament perseguida per la policia judicial s'oculti o refugii en alguna casa.

5) Quan es tracti de la persecució de terroristes o rebels.

A aquests cal afegir, de manera excepcional, la possibilitat d'efectuar entrades i escorcolls sense autorització judicial durant els estats d'alarma, excepció i setge, de conformitat amb l'article 13.2.a) LO 4/1981, d'1 de juny.

Fora d'aquests supòsits i amb matisos diversos segons que es tracti de domicilis o edificis o llocs públics, tota entrada i escorcoll ha de reunir una sèrie de requisits.

3.1.1. Requisites

Aquest subapartat està dedicat als requisits.

Competència

La competència per a autoritzar l'entrada i l'escorcoll correspon per regla general a l'òrgan competent per a instruir la causa (art. 18.2 CE).

Excepcionalment la pot adoptar l'òrgan enjudiciador (art. 546 i 550 LECrim) o la mateixa policia, si es presenten els pressupòsits d'urgència i excepció (art. 553 LECrim; art. 55.1 CE; art. 17, 32.3 i 34 LO 4/1981).

Formals

La resolució judicial ha d'adoptar, pel que fa al bé jurídic afectat, la forma d'interlocutòria.

Si l'entrada és en un edifici o lloc públic, no sempre és necessària l'autorització, i de vegades n'hi ha prou amb el mer avís (art. 564 i 565 LECrim). Fins i tot, quant a la necessitat d'interlocutòria, excepte en el supòsit que hi hagi una causa pendent (art. 546, 564.II i 565 LECrim), la jurisprudència admet que es practiqui sense autorització judicial.

Temporals

S'ha de practicar de dia, llevat de circumstància urgent (art. 546 i 550 LECrim) i sempre que l'interessat presti el consentiment per a continuar l'escorcoll que va començar de dia o de nit. En cas que aquest no intervingui, la diligència s'ha de suspendre i s'han d'adoptar les mesures dels articles 570 i 571 LECrim.

Pel que fa a això, cal recordar la doctrina del TS, que assenyalava que l'expressió *hores diürnes* no s'ha d'interpretar en el sentit cronològic, sinó en el sentit que es persegueix "no ressentir encara més la intimitat dels habitants pel fet que la seva pràctica tingui lloc quan estiguin descansant" (STS de 28 de gener de 1994).

Si es tracta d'edificis o llocs públics, es pot practicar de dia o de nit indistintament (art. 546 LECrim).

De procediment

1) Objecte

L'objecte de l'acte pot ser, segons el que s'ha dit, un edifici o lloc tancat o un domicili.

Casuística sobre l'objecte

La determinació del que s'ha de considerar com a *domicili* ha estat objecte d'una casuística jurisprudencial enorme. Així s'ha plantejat i s'ha resolt entorn dels casos següents: caravanes (STS 21 d'abril de 1994); pis deshabitat (STS de 27 de novembre de 1993); cel·la de la presó (STS 24 de novembre de 1995); oficina de despatx (STS 19 de gener de 1995).

Com a edifici o lloc tancat la llei assenyalava expressament els edificis o llocs públics (art. 547.1r, 3r i 4t. LECrim), els palaus de les Corts (art. 548 LECrim), els edificis i llocs públics no oficials (art. 547.2n. i 557.3r. LECrim), els edificis i llocs religiosos (art. 549 LECrim), i els edificis i llocs especialment qualificats per normes de dret internacional (art. 30 i 37 del Conveni de Viena sobre relacions diplomàtiques). Per domicili, s'entenen els que assenyalava l'article 554 LECrim, en què, llevat del número 1, que respon a la inviolabilitat de la persona del Rei prevista en la CE, els dos restants posen èmfasi en la consideració de domicili com a casa i no com a immoble. Recentment el Tribunal Constitucional ha estès el concepte de domicili, considerant com a tal les habitacions d'hotel, encara que s'ocupin temporalment (la qual cosa ha comportat la declaració d'inconstitucionalitat de l'art. 557 LECrim).

2) Pràctica

La primera garantia és la notificació de la resolució que decreti la mesura. El destinatari varia segons el lloc en què s'hagi de practicar la diligència.

Lloc de la pràctica

Si es tracta d'un domicili particular, és destinatari de la notificació la persona interessada, l'encarregat o qualsevol persona major d'edat, donant preferència als familiars (art. 550 i 566 LECrim). Si es tracta d'un edifici o un lloc públic dels compresos en l'article 547.1r i 3r LECrim, la notificació s'ha de dirigir a l'autoritat o al cap del qual depenguin. Si es tracta de vaixells, els seus destinataris són els comandants. I si es tracta dels edificis que estableix l'article 547.2 LECrim, la notificació s'ha d'adreçar a la persona que estigui al capdavant de l'establiment o de qui actuï en nom d'aquesta persona (art. 564 i 565 LECrim). Des del moment en què s'acordi la mesura es poden adoptar les mesures de vigilància a què fa referència l'article 567 LECrim.

L'escorcoll s'ha de fer en presència de l'interessat o de la persona que legítimament el representi i, si no es presenten, en presència d'un individu de la seva família major d'edat o de dos testimonis, que poden ser veïns (art. 569.I, II i III LECrim).

Si l'interessat està detingut, la seva absència determina la nul·litat radical i inesmorable de la diligència a efectes de prova preconstituïda (STS de 29 de febrer de 1996 i de 8 de maig de 1996).

Hi ha de ser present el secretari del jutjat que va autoritzar la mesura o el del jutjat de guàrdia, llevat que es presentin les circumstàncies excepcionals que preveuen els articles 283 i 483 de la LOPJ i 59 i 60 del Reglament orgànic del cos de secretaris judicials, supòsits en què pot ser substituït (art. 569.4 LECrim).

Les actuacions que es portin a efecte en execució de l'autorització d'entrada i l'escorcoll han de ser les compreses en la interlocutòria judicial, i no poden anar més enllà llevat d'ampliació jurisdiccional expressa.

S'ha d'aixecar acta del resultat de la diligència i de les seves incidències (hora, relació de les actuacions i del resultat, circumstàncies connexes). L'acta l'han de signar els assistents.

3.1.2. Efectes probatoris de l'entrada i l'escorcoll

En la majoria de supòsits la mesura en general busca, a més de la investigació o comprovació d'un fet determinat, poder fixar posteriorment el fet de què es tracti, de manera que el que s'hagi obtingut mitjançant la diligència es pugui valorar com a prova preconstituïda (així, per exemple l'existència d'una quantitat determinada de droga en el domicili per a l'entrada al qual es va sol·licitar l'autorització).

Aquesta possibilitat, plenament acceptada per la jurisprudència per mitjà de la via de l'article 730 LECrim, es condiona al compliment estricte dels requisits que marca la llei a l'hora de dur a terme la mesura corresponent. Ara bé, en cas d'incompliment, les conseqüències negatives d'aquest varien, i assoleixen més transcendència quan es tracta d'una mesura limitadora d'un dret fonamental, a la qual es reserva l'aplicació de la doctrina sobre la il·licitud probatòria.

Es podria dir que la infracció de les normes reguladores de l'adopció de la mesura inclouen un grau d'ineficàcia que va des de la nul·litat a la mera irregularitat, segons quin tipus de requisit es vulneri. Cal esmentar, per tant, dues variants: segons que la mesura limiti un dret fonamental o no sigui així, entre els quals l'entrada i l'escorcoll s'inclouen en el primer grup.

1) Pel fet de ser una mesura limitadora d'un dret fonamental i afectar aquesta vulneració un requisit essencial per a la seva adopció –com l'existència d'una resolució judicial motivada–, la seva absència determina la il·licitud de la me-

sura, circumstància que comporta la prohibició de la seva valoració per part de l'ordenament, i la seva exclusió del procés, en què naturalment no es pot valorar a l'hora de considerar fixat el fet. Fins i tot, tot coneixement que derivi d'aquesta actuació és considerat nul (cosa que es coneix com a *efectes indirectes* o *reflexos* o *doctrina dels fruits de l'arbre enverinat*, art. 11.2 LOPJ).

2) Quan no s'ha vulnerat un dret fonamental, o tot i així, no s'ha violat un requisit essencial, els efectes són la nul·litat de les actuacions practicades, d'acord amb els articles 238 i següents LOPJ.

3) Finalment es reserva la categoria de *prova o diligències irregulars* a la vulneració de requisits que es consideren no essencial i que per tant és, o bé esmenable, o bé irrellevant, perquè no implica indefensió: així, per exemple, el requisit d'identificació del domicili i titular, de conformitat amb l'article 558 LECrim, la falta del qual no invalida ni la resolució, ni el registre que autoritza; o els anomenats requisits formals, com el procediment en el qual s'ha d'acordar o la documentació de la diligència o les signatures, la infracció o falta del qual tampoc no se sol considerar una causa de nul·litat o es pot esmenar.

Entrada i escorcoll

En aquest cas de l'entrada i escorcoll, s'hi podria diferenciar: la falta d'interlocutòria o la seva motivació suficient; la falta de presència de l'inculpat detingut, o de l'interlocutòria que autoritzi l'entrada en consideració a un delicte diferent, constitueixen un supòsit de prova il·lícita, de manera que la nul·litat és radical en els seus efectes directes i indirectes (STS de 28 d'octubre de 1992; de 8 de setembre de 1993; de 15 de febrer de 1995, o de 16 de gener de 1995, entre moltes altres). Mentre que algunes resolucions valoren l'absència de l'interessat no detingut com una prova il·lícita (STS de 29 de febrer de 1996), d'altres la consideren "mera prova nul·la" (STS de 20 de setembre de 1996); o la presència del secretari judicial, que només incideix en la falta de virtualitat probatòria de les diligències, però no impedeix la convicció del jutge per altres mitjans (STS 15 de febrer i 29 d'abril de 1995). Finalment, l'absència de signatura en l'acta se sol interpretar com una mera irregularitat.

3.2. Escorcoll de llibres i papers

L'article 575 LECrim prescriu, en primer terme, el deure general d'exhibició "d'objectes i papers que se sospiti que poden tenir relació amb la causa", sota l'advertiment de multa i eventualment processament per desobediència a l'autoritat; llevat que per la seva conducta, qui s'hi nega mereixi la qualificació legal d'encobridor o receptor (art. 23.2, 296 i 197 CPM, i 451, 454, 556 i 298 CP).

Així mateix, la Llei d'enjudiciament criminal preveu la diligència d'entrada i escorcoll de llibres i papers, a la pràctica de la qual s'aplica el que es disposa sobre entrada i escorcoll (art. 576 LECrim), amb les especialitats assenyalades en l'article 574 LECrim.

3.3. Intervenció de les comunicacions personals (art. 579 a 588 LECrim)

Representa una limitació del dret fonamental que reconeixen l'article 18.3 CE, l'article 8 CEDH i l'article 17 PIDCP, en què es garanteix el secret de les comunicacions, postals, telegràfiques i telefòniques.

Constitueix, d'altra banda, una de les mesures que ha generat un nombre més alt de resolucions jurisprudencials, tant del Tribunal Constitucional com del Tribunal Suprem, freqüentment divergents, en part per la previsió normativa de la mateixa LECrim (clarament insuficient) i en part perquè a causa de la freqüència de la seva adopció serveix de filtre per als freqüents vaivens jurisprudencials a l'hora de prioritzar la protecció dels drets fonamentals o la de recerca de la veritat material, i les finalitats del procés penal, entre aquestes la imposició de la pena i la protecció de la societat.

3.3.1. Objecte

La garantia recau sobre la comunicació, no sobre allò comunicat; això últim pot ser publicat per algun dels partícips, llevat que afecti el dret a la intimitat. El dret al secret de les comunicacions és a més merament formal, de manera que actua amb absoluta independència del contingut esmentat, tant si afecta qüestions privades com d'una altra índole.

No importa la titularitat del mitjà utilitzat per a efectuar la comunicació (per exemple, si el telèfon utilitzat i intervingut pertany a un tercer).

Aquest dret, com els restants que anem esmentant, no té caràcter absolut, sinó que pot ser limitat, si es compleixen els requisits que anirem assenyalant i que no són sinó l'aplicació específica dels indicats més amunt, de manera general, per a tota mesura limitadora de drets fonamentals.

3.3.2. Pressupòsits de la mesura

Previsió legal de la mesura amb prou precisió

El mínim contingut normatiu d'aquesta mesura en la Llei d'enjudiciament criminal ha estat valorat com a insuficient per la doctrina constitucional (per totes STC 49/1999). Malgrat això, tanmateix, sempre que l'ordre judicial reuneixi una sèrie de requisits, no s'entendrà vulnerat el dret al secret de les comunicacions.

Aquestes exigències són, en termes generals, les que s'assenyalen en els pressupòsits següents (resolució judicial motivada suficientment i al si d'un procés penal obert, etc.).

Resolució judicial motivada

L'ha d'adoptar un òrgan jurisdiccional –generalment el que ha iniciat la instrucció–, que ha d'assenyalar la mesura i els seus detalls per mitjà d'un interlocutòria (STC 181/1995 i la important Interlocutòria del TS, de 18 de juny de 1992).

La jurisprudència distingeix dins d'aquest pressupòsit general els aspectes següents:

- 1) La incoació prèvia d'un procediment d'investigació penal (STS de 25 de juny de 1993 i de 25 de març de 1994).
- 2) L'especialitat del fet delictiu, sense que es pugui decretar una intervenció telefònica per a tractar de descobrir, generalment i indiscriminadament, fets delictius (STS de 20 de maig de 1994).
- 3) Que la mesura recaigui únicament sobre els telèfons de les persones indi-
ciàriament implicades, ja siguin els titulars o els seus usuaris habituals (STS de 25 de maig de 1993).

Proporcionalitat

Són tres els àmbits en què es concreta el judici de proporcionalitat:

- 1) Que la mesura acordada pugui aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat).
- 2) Que és necessària, atès que no existeix cap altre mitjà més moderat per a assolir la finalitat proposada amb una eficàcia semblant.
- 3) Que la mesura respon a un equilibri entre l'interès general que s'assoleix i el perjudici que origina sobre altres béns en conflicte.

Són manifestacions d'aquestes valoracions el que només escaigui per delictes greus o la necessària limitació temporal que assenyala l'article 579.3 LECrim (períodes trimestrals individuals, prorrogables, encara que no de manera indefinida: STS de 9 de maig de 1994). Aquest últim aspecte ha suscitat unes quantes qüestions respecte a la compatibilitat de la mesura i de les seves successives pròrrogues, de conformitat amb l'article 579 LECrim, amb la declaració de secret del sumari en virtut de l'article 302 LECrim.

En tot cas s'exigeix que la decisió s'adopti en consideració a indicis suficients i, que la interlocutòria ha de ser especialitzada, és a dir, que ha de determinar suficientment cada un dels aspectes subjectius i objectius de la mesura. Aquesta especificitat marca el marc legítim de la limitació del dret fonamental.

Consulta recomanada

STS 1758/1999 i 8050/2001.

En aquest últim aspecte sorgeix també un tema relativament freqüent de singular rellevància, el de les anomenades *troballes casuals*, és a dir, les conductes constitutives de delictes que es descobreixen arran de la ingerència, però la investigació de les quals no estava prevista en la interlocutòria habilitadora d'aquesta. A partir de l'ATS de 18 de juny de 1992 (cas Naseiro) es va establir una doctrina d'acord amb la qual, si no s'interrompia la mesura i s'ampliava la interlocutòria o se'n dictava una altra específica a aquest efecte, la vulneració del dret fonamental derivava en la nul·litat no solament de les actuacions, sinó de tot allò amb què tingués una relació de causalitat (STC 54/1996 i STS 7113/2000).

Aquesta doctrina, com veurem en tractar els efectes, ha estat matisada posteriorment, i s'ha reconegut vàlida a determinades qüestions si es demostra que haurien pogut ser conegudes igualment –"teoria de la font independent"– o si el nexa causal està molt atenuat i la il·licitud queda dissipada –teoria del nexa causal atenuat o del vici sanejat.

Execució i control judicial de la mesura

Finalment, l'efectivitat de la mesura exigeix un control judicial en l'ordenació, desenvolupament i cessació de la intervenció.

Un aspecte important de la pràctica d'aquesta diligència és la necessitat que sigui el mateix jutge qui materialment escolti les cintes en què s'hagin gravat les converses –sempre les originals, no les còpies– i seleccioni el que és rellevant a efectes investigadors i de prova preconstituïda i molt especialment quan hagi de decidir sobre la pròrroga de la intervenció o el cessament de la mesura.

També ha de ser el jutge qui assenyali el que pel fet de ser irrellevant ha de ser destruït immediatament. Són aspectes debatuts: la necessitat de comunicar *a posteriori* l'existència de la mesura a l'intervingut, encara que hagi estat infructuosa, i l'obligació de lliurament dels enregistraments originals una vegada complerta la seva finalitat.

3.4. Intervenció de les comunicacions postals, telegràfiques i telefòniques

La *intervenció* en sentit estricte presenta la particularitat d'exigir la interrupció de la comunicació, i impedir que arribi al seu destinatari; en canvi, l'*observació* telegràfica o telefònica no interromp la via de comunicació utilitzada, sinó que només fiscalitza la que s'efectua.

Pel que fa únicament a les especificitats de la mesura, es pot recalcar:

- 1) L'objecte de la mesura comprèn alguna cosa més que les cartes o telegrams, i inclou paquets si aquests tenen connotacions personals o que afecten la intimitat, cosa que de fet exceptua els paquets amb "etiqueta verda" (que es poden obrir per a inspeccionar-los).
- 2) La mesura l'ha de dur a terme la policia judicial o el responsable de l'oficina postal o de telègrafs; aquests n'han de donar compte immediatament al jutge (art. 580-582 LECrim).

Consulta recomanada

STS de 18 i abril de 1994 i 662/1998.

3) La detenció l'ha de fer el jutge on es produeixi (on s'expedeixi, on arribi o en trànsit); i per això, atès que l'obertura i l'examen correspon a qui hagi acordat l'acte d'investigació, la diligència es pot haver encomanat per auxili judicial corresponent, si és fora de la circumscripció territorial (art. 563-580 LECrim).

4) La pràctica de la mesura, subjecta com totes al principi de proporcionalitat, ha de procurar incidir el mínim imprescindible en el dret fonamental (art. 586.1 i 587 LECrim).

5) La pràctica de la mesura s'ha d'acomodar al que preceptuen els articles 579 a 588 i, singularment, l'article 586, tots de la LECrim.

3.4.1. Efectivitat de la mesura

Com en el supòsit d'entrada i escorcoll, la mesura que ens ocupa ara s'encamina no solament a investigar o comprovar el delicte i el seu autor, sinó que la majoria de les vegades busca preconstituir una prova que, per la naturalesa dels fets sobre els quals versa, no es pot practicar en la fase de judici oral.

En tot cas, els efectes dels resultats obtinguts de l'execució de la mesura es diferencien en un doble pla: la investigació instructora, d'una banda, i l'acumulació de fonts de prova d'utilitat en el futur judici oral, de l'altra.

L'eficàcia d'aquesta diligència està condicionada, en tot cas, per la vulneració o no de la legalitat constitucional i de la legalitat ordinària. En aquest sentit convé diferenciar:

1) Actes que vulneren la legalitat constitucional i actes que vulneren la legalitat ordinària.

2) Efectes de la vulneració de la legalitat constitucional i efectes de la vulneració de la legalitat ordinària.

Componen els requisits de la legalitat ordinària els referits a la incorporació al procés. I per això vulneren aquesta legalitat la falta d'aportació íntegra o de les parts més rellevants de les cintes gravades; la falta de confrontació del secretari amb les cintes originals, o la falta d'audició o lectura de les actes on es recull el contingut de les cintes.

La vulneració de la legalitat constitucional comporta la nul·litat de la mesura, i amb aquests, tant dels resultats directes de la intervenció com de qualsevol altra prova que se'n derivi, sempre que hi hagi una connexió causal entre tots dos resultats (STC 54/1996 i, entre d'altres, 49/1999). No falten resolucions, tanmateix, que reconeixent la nul·litat i la falta d'efectes directes, neguen l'efecte translatiu de la nul·litat d'una prova a les proves que se'n deriven (STS de 4 d'abril de 2002).

Quant als efectes de la vulneració de la legalitat ordinària, provoca que no sigui possible convertir en mitjà de prova la intervenció, ara bé, continuarà mantenint el seu valor com a mitjà d'investigació (STC 12/1998 i 49/1999, entre d'altres).

Efectes indirectes o reflexos

Finalment, respecte al discutit tema dels *efectes indirectes o reflexos*, s'han de recordar les posicions ja avançades. D'una banda, la posició més radical, que nega tota validesa a la prova obtinguda amb la violació esmentada, i a tot allò que se'n derivi, directament o indirectament. Però d'altra banda, cal tenir en compte les correccions que, en consideració a la necessitat de complir les finalitats públiques de l'esbrinament de la veritat i de la instrucció, condueixen a limitar la seva estricta aplicació d'acord amb diverses doctrines que atenuen la negació dels efectes indirectes de la prova obtinguda il·lícitament, molt especialment per mitjà de la "teoria de la connexió d'antijuridicitat" que s'explicarà en la lliçó sobre prova.

3.5. Inspeccions i intervencions corporals

A falta d'una configuració legal concreta, la jurisprudència del Tribunal Constitucional, i molt concretament la STC 207/1996, de 16 de desembre, diferencia entre inspeccions i intervencions corporals, com a actes d'investigació que afecten, en el cas de les inspeccions i escorcolls corporals, la intimitat personal (art. 18.1 CE) i en el de les intervencions corporals el dret fonamental a la integritat física (art. 15 CE).

3.5.1. Objecte

1) Actuacions, denominades *inspeccions i escorcolls corporals* (entre els quals es troben els electrocardiogrames, els exàmens ginecològics o les inspeccions anals) en què, en principi, no resulta afectat el dret a la integritat física, però en els quals sí que es pot veure afectat el dret a la intimitat corporal si recauen sobre parts íntimes del cos o incideixen en la privacitat.

2) Actuacions, qualificades com a *intervencions corporals*, consistents en l'extracció del cos de determinats elements externs o interns per a ser sotmesos a un informe pericial (com les anàlisis de sang, orina o cabells) o en la seva exposició a radiacions (rajos X, TAC), que per tal també d'esbrinar determinades circumstàncies relatives a la comissió del fet punible impliquen una lesió o menyscapte del cos.

Aquesta classificació no és del tot encertada. Els reconeixements anals i vaginals, per exemple, no solament restringeixen la intimitat corporal, sinó la integritat física, en la mesura que impliquen una entrada en parts internes del cos. La seva utilitat, tanmateix, la fa preferible en aquest cas.

Atenent el grau de sacrifici que imposin a aquest dret, aquestes intervencions es poden qualificar de lleus quan, vistes les circumstàncies concurrents, no siguin considerades objectivament susceptibles de posar en perill el dret a la salut, ni ocasionar sofriments a la persona afectada (anàlisi de cabells o de sang) o greus, en cas contrari (com les puncions lumbars o l'extracció de líquid cefaloraquídi). Tanmateix, aquesta classificació, que serveix per a temperar les garanties amb què s'efectua una intervenció lleu, no és adequada, des del moment en què una tallada de cabells o una radiologia no afecta certament la integritat física, però incideix greument en la intimitat (tant la corporal, en el primer cas, com l'afectada per la informació que se n'obté).

La rellevància d'aquestes mesures deriva del fet que gràcies a aquestes s'obtenen materials amb què dur a terme proves pericials que són d'una gran força incriminatòria –potser són les úniques–; alhora que poden comportar que el delictes sigui flagrant o fins i tot ser imprescindibles en el curs d'una investigació (com passa amb els escorcolls personals o la prova d'alcoholèmia).

3.5.2. Pressupòsits

Com tota mesura limitadora de drets fonamentals, s'ha de sotmetre a la concurrència de:

1) Previsió normativa (principi de legalitat)

A partir de la STC 207/1996 i 49/1999, mentre es requereix el legislador perquè cobreixi el buit legal per a adoptar aquestes mesures, assenyalen que malgrat aquest, la seva pràctica coactiva és lícita sempre que s'hagin complert els altres pressupòsits de legitimitat constitucional.

La recent regulació de les intervencions per a l'obtenció del perfil d'ADN fa créixer la confiança en una ràpida regulació general.

2) Jurisdiccionalitat

La mesura s'ha d'adoptar al si d'un procés obert i mitjançant una resolució jurisdiccional, la motivació suficient de la qual compti amb el judici de proporcionalitat, en el sentit que s'assenyala seguidament.

3) Proporcionalitat

Coneguts ja els requisits sobre el judici d'idoneïtat; que no hi hagi cap altre mitjà igual o més adequat però menys lesiu, i que se supera el judici en consideració al qual l'adopció mesurada respon a un equilibri entre interès general assolit i la lesió produïda (proporcionalitat *strictu sensu*), es pot destacar per a aquesta mesura específica:

a) La idoneïtat objectiva i subjectiva determina que la mesura només s'adopti sobre aquell en el qual recauen sospites fundades, encara que no s'exigeixi una imputació formal. I que ho sigui en el marc de la investigació ja oberta, si escauen actuacions preventives amb aquest contingut.

b) L'adequació vindrà donada tant per la rellevància de la informació que s'obtingui per a la resolució del cas investigat com perquè no s'obtingui el mateix objectiu amb menor lesió a través de cap altre mitjà.

c) Perquè la mesura adoptada tingui proporció entre la intrusió en el dret fonamental afectat i la finalitat perseguida, s'utilitzen referències com els indicis que recauen sobre el subjecte concret o la gravetat de la pena, no solament, en aquest últim cas, en tant que delictes perseguits amb una pena molt alta, sinó en consideració al bé jurídic protegit o l'alarma social que origini.

3.5.3. Execució i control de la mesura

L'execució de les mesures ha de respectar els drets fonamentals en joc i la dignitat de la persona, sense que pugui ocasionar en tot cas risc per a la salut del subjecte passiu de la mesura, ni implicar un tracte vexatori o degradant (STC 7/1994 i 207/1996).

Pel mateix fonament, algunes només les pot practicar personal sanitari, en centres mèdics i d'acord amb la *lex artis*.

El control correspon a l'òrgan jurisdiccional que l'hagi acordat o a qui es facin arribar les actuacions conjuntes, si escau.

3.5.4. Efectivitat de la mesura

Com que la immensa majoria es tracta dels supòsits de diligències per a determinar l'existència del fet punible i la participació de l'imputat, es tracta de proves preconstituïdes, de manera que s'han d'haver practicat d'acord amb les exigències de contradicció i immediatesa, de manera que es poden incorporar al judici oral mitjançant la lectura de la seva documentació. Si no és així, en el judici oral s'ha de procedir a l'exposició contradictòria dels informes pericials.

Si les mesures no són proporcionades amb els drets afectats, i els vulneren, la mateixa font de prova és il·lícita i la informació que proporciona no es pot tenir en compte, ni es pot reproduir mitjançant cap altre mitjà de prova.

Una qüestió diferent és l'eficàcia de les anàlisis pericials o els efectes ocupats. La conclusió dependrà d'entendre la intervenció il·lícita, i aplicar la doctrina de la nul·litat dels efectes directes i indirectes (art. 11.1 LOPJ), o de si pot apreciar l'existència o inexistència de connexió d'antijuridicitat (vegeu la lliçó tretze).

Als efectes assenyalats és d'interès recordar el sentit de la jurisprudència sobre aspectes específics, com els següents:

- No utilitzar la via compulsiva (STC 37/1989).
- Exigir la intervenció d'un advocat, quan no es presenta la nota d'urgència (STC 303/1993).
- Recórrer a la mesura menys lesiva del dret fonamental, evitant en tot cas tot tracte vexatori o degradant (STC 137/1990; STS de 5 d'octubre de 1989).
- Inspeccions ginecològiques i dret a la intimitat personal (STC 37/1989).
- Intervencions corporals per a la investigació de la paternitat (STC 7/1994); proves sanguínies per a la investigació civil de la paternitat (ATC 221/1990; 27/1992 i STC 17-1-1994).
- Extracció de sang (STS 211/1996).
- Assistència mèdica obligatòria i el dret a la integritat física en l'àmbit penitenciari (STC 120/1990); pràctica de flexions per a l'expulsió de droga (STS 446/1996); alimentació assistida a presos (STC 120, 137/1990 i 11 i 67/1991).
- Observacions radiològiques sobre interns com a mesura de vigilància i seguretat (STC 35/1996).
- Escorcolls personals (STS 683/1996).

3.6. Algunes mesures concretes

La novetat legal incorporada i l'especificitat d'algunes mesures aconsellen dedicar un apartat específic en què es destaquin aquells dels seus aspectes més nous o discutits.

3.6.1. Les intervencions corporals per a la determinació del perfil de l'ADN de l'imputat

Aquest bloc incideix en les intervencions corporals.

Pressupòsits

Previsió legal

Acollint finalment la crida al legislador ordinari per a omplir la llacuna legal existent, la reforma del Codi penal de 25 de novembre de 2003 va afegir un segon paràgraf a l'article 363 de la Llei d'enjudiciament criminal, incorporant-hi la previsió legal que exigia el principi de legalitat formal, si bé referit estrictament al marc de les intervencions per a determinar el perfil de l'ADN de l'imputat.

Mitjançant l'esmentada previsió legal s'habilita el jutge d'instrucció per a acordar l'obtenció de mostres biològiques del sospitós, i decidir la pràctica dels actes d'inspecció, reconeixement o intervenció corporal que siguin adequats als principis de proporcionabilitat i raonabilitat.

Consultes recomanades

Sobre l'acolliment a la previsió legal, vegeu STC 37/1989, FJ 7 i 207/1997, FJ 4, entre moltes altres.

Resolució judicial motivada

La resolució mitjançant la qual s'adopti la mesura ha de ser una resolució motivada, és a dir, adoptada per un òrgan jurisdiccional, amb la incoació prèvia d'un procediment i per als efectes investigadors del delictu que s'hi investiguen (*especialitat del fet delictiu*) i formalment adequada a l'article 245 LOPJ.

Proporcionalitat

S'han de presentar raons acreditades que justifiquin la necessitat d'obtenció de mostres biològiques del sospitós, que siguin indispensables per a la determinació del seu perfil d'ADN (necessitat, idoneïtat i proporcionalitat *strictu sensu*).

Execució i control de la mesura

La previsió legal es completa amb la reforma de l'article 326 LECrim al qual s'afegeix un tercer paràgraf, amb vista a salvaguardar la recollida, custòdia i examen de les mostres que es verifiquin en condicions que garanteixin la seva autenticitat.

El jutge de la instrucció ha d'adoptar o ordenar a la policia judicial o al metge forense l'adopció de les mesures tendents tant a l'obtenció com a recollir, custodiar i, en definitiva, salvaguardar la seva autenticitat a efectes de la seva posterior incorporació al procés per la via de la prova anticipada o preconstituïda.

Sobre la necessitat d'autorització judicial per a extreure mostres per a anàlisi d'ADN al detingut i altres detalls, vegeu l'Acord de la Sala Segona del TS, de 13 de juliol de 2005.

La Comissió Nacional sobre l'Ús Forense de l'ADN

La disposició addicional tercera de la LECrim ordena al Govern regular reglamentàriament una comissió nacional sobre l'ús forense de l'ADN.

Aquesta Comissió d'innegable importància tindria entre d'altres funcions:

- 1) Acreditar els laboratoris facultats per a contrastar perfils genètics en la investigació i persecució de delictes i la identificació de cadàvers.
- 2) Establir els criteris de coordinació entre aquests laboratoris.
- 3) Elaborar els protocols tècnics oficials sobre l'obtenció, conservació i anàlisi de les mostres.
- 4) Determinar les condicions de seguretat en la seva custòdia.
- 5) Fixar les mesures que garanteixin l'estricta confidencialitat i reserva de les mostres, les anàlisis i les dades que se n'obtinguin.

(Apartat quart de la disposició final primera de la LO 15/2003, de 26 de novembre, de reforma del Codi penal.)

3.6.2. **Reconeixements mèdics, anàlisi de sang i exploracions ginecològiques**

A continuació, estudiarem els reconeixements mèdics, les anàlisis de sang i les exploracions ginecològiques.

Reconeixements mèdics

Tenen el mateix contingut i finalitat dels escorcolls personals i són procedents davant el resultat infructuós d'aquell. Atès que són actes d'investigació de naturalesa pericial, integren l'atestat i per tant tenen el mateix valor probatori d'aquell. En tot cas, s'exigeix consentiment exprés i lliure, si no hi ha la corresponent autorització judicial.

Reconeixements mèdics

Sobre el caràcter pericial dels reconeixements mèdics, vegeu l'article 297 LECrim. A efectes de la falta de cobertura legal, vegeu les STC 37/1989 i 7/1994.

Hi ha d'haver indicis suficients en la conducta del subjecte passiu. La mesura ha de resultar imprescindible (no hi ha d'haver cap altre mitjà); ser practicada per personal sanitari adequat i d'acord amb la *lex artis* (STC 35/1996).

Anàlisi de sang i exploracions radiològiques

Les anàlisis de sang, com a mesura limitadora que s'exigeix d'una resolució judicial motivada, i del consentiment del subjecte (STC 114/1984, 103/1985 i 241/1992, i STS de 21 de juny de 1994).

Les exploracions radiològiques, quan es considera que no afecten la intimitat de la persona, han originat una jurisprudència contradictòria, que en alguna resolució exigeix la resolució jurisdiccional prèvia (STS de 10 de juny de 1998) mentre en una altra l'entén perfectament prescindible (STC 37/1989).

Les anomenades "intervencions lleus": escorcolls personals i prova d'alcoholèmia

L'escorcoll

L'escorcoll personal implica una actuació externa sobre el cos humà, duta a terme generalment pels cossos i forces de seguretat de l'Estat.

Pràctica. L'ha de practicar algú del mateix sexe, en un lloc íntim. Només hi han d'assistir els que l'efectuen, i sense que es provoquin postures ni situacions humiliants. La presència necessària d'un advocat deriva del fet de la detenció prèvia (art. 17.3 CE i 118 i 520. 5 i 6 LECrim) i de la urgència de la mesura, i l'escorcollat hi pot renunciar. Si no hi ha detenció prèvia, no és necessària.

L'abundant doctrina recaiguda en casos de transport de droga al recte i en matèria penitenciària recorden la prohibició d'obligar a fer flexions per a la seva expulsió (STS, de 5 d'octubre de 1989 i, entre d'altres, de 26 de juny de 1998).

Des del punt de vista dels seus efectes processals, el valor és el que correspon a l'atestat (de denúncia), i assoleix valor probatori només mitjançant la deposició testimonial corresponent en l'acte de la vista de qui va fer la intervenció (art. 717 LECrim). No ha de constituir una prova anticipada ni preconstituïda, i per tant no escau la seva lectura (ex art. 730 LECrim) ni la seva valoració com a prova documental (art. 726 LECrim) (STC 37/1989).

La prova d'alcoholèmia

Les actuacions en què aquesta prova consisteix s'encaminen a la prevenció i comprovació de delictes comesos en ocasió de l'ús i la circulació d'automòbils (art. 379 CP). La diligència en qüestió consisteix en la comprovació de l'aire exhalat per a determinar la taxa d'alcohol en aquest per mitjà d'etilòmetres, i subsidiàriament, la constatació de la taxa d'alcohol a la sang mitjançant alcoholímetres.

Es preveu en l'article 12 RDL 339/1990, text articulat de la Llei de trànsit, i es desplega en el RD 2282/ 1998, de 23 d'octubre, amb les modificacions que es vagin incorporant en consideració al que disposa la DF Segona de la *Reforma del text articulat de la Llei sobre trànsit, vehicles de motor i seguretat viària*, aprovat pel RDL 339/1990, de 2 de març de 1990.

Si el resultat de la primera expiració és positiu o si es presenten signes evidents d'estar sota la influència de begudes alcohòliques, se sotmet el subjecte a una segona prova passat un interval de deu minuts. L'interessat pot optar per contrastar aquestes proves amb anàlisis de sang, orina o la que el personal facultatiu consideri més adequada.

Si es tracta de les resta de substàncies esmentades en l'article 379 CP, s'han de dur a terme les anàlisis corresponents, sense perjudici de les restants mesures (immobilització del vehicle, advertiment del possible contrast de resultats mitjançant una anàlisi de sang).

Sobre la pràctica de la prova d'alcoholèmia és il·lustrativa la Circular núm. 2/1986, de la Fiscalia General de l'Estat.

El Tribunal Constitucional en la STC 107/1985, de 7 d'octubre, va declarar l'adequació constitucional de la previsió normativa de la prova.

Resolucions del TC

Han estat bastants les resolucions del TC sobre diferents drets fonamentals que es van sotmetre a la seva consideració per considerar que quedaven vulnerats amb la realització de la prova esmentada.

1) **El dret a la llibertat de moviments** (art. 17 CE): vulneració negada inicialment (STC 107/1985 i 22/1988) i que en l'actualitat ha de ser objecte de matisos. En efecte, si no es limita el dret a la llibertat de moviments, la normativa vigent s'ha d'entendre adequada;

si, al contrari, s'admet que la seva pràctica necessita una "detenció", encara que sigui especial (una mica similar a una "retenció"), exigiria una cobertura legal més àmplia.

2) **El dret a la integritat física** (art. 15 CE). Violació negada pel TC, perquè es tracta d'una intervenció corporal de caràcter lleu i perquè es considera admissible si hi ha una resolució judicial motivada i es respecta el principi de proporcionalitat, fins i tot malgrat la falta de cobertura legal.

3) **Dret a no declarar contra si mateix i dret a la presumpció d'innocència**. El TC ha negat reiteradament que la submissió a la prova equivalgui a una autoinculpació, la qual cosa impedeix la vulneració del primer dret esmentat; la vulneració eventual del dret a la presumpció d'innocència és l'única possibilitat admesa pel TC respecte de la prova alcoholomètrica, i això en un únic supòsit, quan sent la prova determinant de la condemna, no s'hagi obtingut amb les garanties de contradicció necessàries per a enervar aquella presumpció, és a dir, quan no s'hagi advertit a qui se sotmetrà a la prova d'expiració del seu dret a contrastar-la mitjançant la corresponent anàlisi sanguínia.

La pràctica de la mesura no necessita les garanties que per al detingut fixa l'article 17.3 CE, ja que la situació de la persona sotmesa a la prova d'alcoholèmia no és equiparable a la situació del detingut (STC 107/1985).

L'obligatorietat de sotmetre's a la prova es va adoptar en la Resolució (73) 7 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 22 de març de 1973. I un criteri semblant és el mantingut en la jurisprudència del TEDH (S de 17 de desembre de 1966, cas Saunders, Regne Unit) i la Comissió Europea de Drets Humans (assumptes 968/1961 i 8239/1978).

Efectes de la mesura com a prova preconstituïda

La mateixa naturalesa de la mesura fa que sigui irreproducible en el judici oral. Aquesta circumstància, unida al fet que la mesura es realitza amb un instrumental tècnic especialitzat, posa sobre la taula les qüestions ja esmentades en la lliçó 8 respecte de diligències de valor incontestable i prova preconstituïda. En aquest sentit s'ha de ressenyar de manera resumida, la doctrina jurisprudencial existent sobre això.

La primera doctrina constitucional sostenia que el resultat del "test alcoholomètric", en incloure'l en l'atestat policial, participava dels seus efectes, i per tant, s'havia de considerar una mera denúncia, i s'havia d'exigir la declaració dels policies que la van practicar en el judici oral –com a prova testifical– (STC 148/1985). En canvi, en resolucions més recents, se la fa partícip de la naturalesa dels "actes policials de constatació", la qual cosa suposa la seva plena eficàcia, sempre que es practiqui correctament i sigui ratificada per la declaració dels agents en la fase oral (STC 22/1988; 24/1992, entre moltes altres). A aquest efecte la seva pràctica correcta exigeix que s'hagi salvaguardat el dret de defensa, informant degudament l'interessat del dret a sotmetre's a una anàlisi de sang, per a integrar la contradicció. L'absència de contradicció impedeix qualsevol efecte sobre la presumpció d'innocència (STC 241/1992).

Finalment, la incorporació del resultat de la prova d'alcoholèmia al procés s'ha de fer en condicions de garantir al jutgador l'examen per si mateix de les circumstàncies de la seva pràctica, ja sigui mitjançant la ratificació dels que la van efectuar, ja d'altres elements (testimonis que la van presenciar (AATC 797/1985, 1421/1987 i 191/1988); resultats de la prova d'extracció de sang (ATC 304/1985); declaració del perjudicat (ATC 305/1985) o la del mateix acusat (STC 145/1987 i 89/1988).

Les intervencions corporals en l'àmbit penitenciari (breu apunt)

Varien notablement de les analitzades fins ara, en la mesura que no serveixen a cap investigació, sinó que obeeixen més aviat a la necessitat de seguretat en els centres penitenciaris.

No és aquest el lloc per a aprofundir-hi. N'hi ha prou a destacar, no obstant això:

1) Que sí que hi ha previsió legal, concretament l'article 23 LOGP, de 26 de setembre de 1979, i l'article 68 del RP, de 9 de febrer de 1996.

2) Que de la jurisprudència constitucional es pot entendre innecessari el presupòsit de l'ordre judicial, cosa que no exclou que la motivació i el judici de proporcionalitat que s'hi contenen es traslladin a la resolució administrativa en virtut de la qual s'adopti la mesura (STC120 i 1371990; 57/1994, i 35 i 36/1996, entre d'altres).

La videovigilància: filmació de llocs públics

La filmació de llocs públics, regulada per la LO 4/1997, de 4 d'agost, es concep com una mesura de caràcter preventiu per a protegir la seguretat ciutadana. No obstant això, es pot convertir en acte d'investigació, quan arran d'aquesta es detecta la comissió d'un delictes o es contribueix a identificar-ne l'autor.

Les videocàmeres s'instal·len amb l'informe preceptiu d'una comissió presidida per un magistrat (art. 3.1), mitjançant una resolució motivada (art. 3.4) contra la qual es pot recórrer administrativament (art. 11). Per motius d'urgència, es poden instal·lar càmeres mòbils, i se n'ha d'informar el responsable provincial de les Forces i Cossos de Seguretat (FCS) en un termini de 72 hores (art. 5.2.III).

Pràctica de la mesura

Informada en tot cas pel principi de proporcionalitat (idoneïtat i intervenció mínima), si l'enregistrament d'imatge i so mostra aparença de delictes, ha de ser remesa mitjançant l'atestat corresponent i el suport original íntegre (art. 7.1).

Si l'enregistrament és d'un lloc privat, s'ha de disposar de la necessària autorització judicial, amb els requisits de motivació i especificitat de què es va tractar en la intervenció de les comunicacions, o amb l'autorització de l'interessat (art. 6.5).

Efecte probatori

Per aplicació de la doctrina general ja assenyalada respecte d'altres mesures, el resultat de l'enregistrament per si mateix, incorporat en l'atestat, té el mateix valor de denúncia. Per a assolir eficàcia probatòria s'ha de portar al judici oral i propiciar la necessària contradicció, mitjançant, per exemple, la declaració dels agents que la van fer.

3.7. Incorporació al procés de la denúncia de violació de drets fonamentals

L'especial rellevància que assoleix el fet que alguna de les mesures esmentades pugui violar un dret fonamental, origina la difícil qüestió del moment del procés en què es pot posar en relleu aquesta eventualitat.

Paral·lelament a la importància d'aquesta qüestió apareixen diverses dificultats. D'una banda, la diferent estructura processal dels **processos ordinari i abreuja**t. De l'altra, l'absència absoluta de previsió legislativa sobre això en la configuració ordinària de la Llei d'enjudiciament criminal.

Aquesta circumstància condueix al fet que, pel que fa al procediment ordinari per delictes greus, el conegut sumari, el plantejament sigui hipotètic i diferent de l'aplicable al procediment abreujat.

Procés ordinari

En termes generals i en la mesura que no hi hagi una via legal prevista, s'assenyala l'alternativa següent:

- 1) La declaració d'il·licitud s'ha de fer en la sentència, precisant que no s'ha valorat el mitjà de prova que incorpora al judici la font obtinguda il·lícitament, i eventualment, tampoc les obtingudes indirectament.
- 2) La font de prova amb aquesta il·licitud no ha d'arribar ni tan sols a incorporar-se al procés, la qual cosa al fet d'impedir que sigui tinguda en compte en la sentència, afegeix que no pugui originar cap perjudici en el jutjador.

Procediment abreujat

En el procediment abreujat, la regulació del qual correspon a un moment històric en què s'és més conscient d'aquest problema, l'article 786.2 LECrim assenyala que el judici oral comença amb la lectura dels escrits d'acusació i defensa, i posteriorment s'obre un torn d'intervencions perquè les parts exposin el que considerin oportú –entre d'altres possibles temes, l'eventual vulneració d'algun dret fonamental.

El jutge o tribunal ha de resoldre en el mateix acte mitjançant una resolució contra la qual es pot interposar recurs, sense perjudici que el tema pugui ser reproduït, si escau, davant la sentència.

Si s'estima la vulneració d'algun dret fonamental s'ha de procedir a la seva esmena, a deixar sense efecte una determinada diligència instructora o fins i tot a decretar la nul·litat d'actuacions i la consegüent remissió de la causa a l'estadi de diligències prèvies.

4. Mesures cautelars

Aquest apartat gira al voltant de les mesures cautelars.

4.1. Finalitat i pressupòsits

L'obtenció de la tutela judicial no resulta generalment immediata, tampoc en el procés penal. Perquè la resolució incideixi en l'esfera jurídica de les parts, es necessiten una sèrie d'actes imposats per l'ordenament, que amb el desenvolupament previ d'un procés, condueixin a una resolució que s'ha de fer efectiva. El temps, més llarg o més breu, però en tot cas ineludible, que es necessita per a assolir l'efecte esmentat posa en risc l'efectivitat de la sentència, i alhora pot ser utilitzat per a convertir-la en inexecutable o ocultar elements necessaris per a fonamentar l'acció penal. A més, en el procés penal l'absència de l'acusat, amb alguna excepció, impedeix celebrar el judici. Per a conjurar aquests riscos s'articulen les mesures cautelars.

Fonament específic de les mesures cautelars

El fonament específic de les mesures cautelars que s'adopten en el procés penal coincideix en el que és substancial amb el de les que s'utilitzen en l'àmbit civil: es busca amb aquestes combatre el perill en la demora que comporta ineludiblement el desenvolupament del procés i assegurar l'execució de la resolució que hi recaigui. Tanmateix, no hi deixa d'haver algunes especificitats, derivades fonamentalment de la rellevància constitucional que presenten determinades mesures de caràcter personal quan incideixen en drets fonamentals, del principi d'oficialitat i de la necessària presència de l'acusat en el judici.

En el procés penal, a títol d'exemple, es reconeix, que juntament amb el risc de fuga, les mesures cautelars personals també poden servir –sobretot en els casos de mesures limitadores de la llibertat– per a altres finalitats, com assegurar la presència de l'imputat a efectes de prova i evitar la suspensió del procés, o prevenir la comissió de més delictes. Totes aquestes finalitats difícilment encaixen dins la idea de contrarestar un *periculum in mora* concebut com s'assenyala més endavant.

4.1.1. L'absència d'un ordenament legal de mesures cautelars alternatives. El degoteig legislatiu

Una de les qüestions que es troba a faltar en el nostre ordenament processal penal és una configuració legal de caràcter general de les mesures cautelars, i l'ampliació de les previstes per la Llei d'enjudiciament criminal.

Les últimes modificacions de la Llei d'enjudiciament criminal han anat establint diverses mesures: la LO 13/2003, de 24 d'octubre, de presó provisional, regula l'arrest domiciliari com a mesura substitutiva de la presó provisional (art. 508 LECrim) i la retenció del passaport, com a mesura complementària amb vista a garantir la personació efectiva de qui ha estat posat en llibertat provisional (art. 530 if LECrim).

Altres, com s'ha assenyalat, s'inclouen en la Llei del menor (l'internament en un centre, la llibertat vigilada i la convivència amb una altra persona, família o grup educatiu, art. 28 LORRPM) o les contingudes en l'article 7 de la LORPM (prestacions a la comunitat, realització de tasques socioeducatives, amonestacions...), si bé amb el caràcter específic ja esmentat.

Mesures en relació amb la violència de gènere

Finalment, l'anomenada violència de gènere ha originat una sèrie de mesures, contingudes en modificacions específiques de la Llei d'enjudiciament criminal, així mateix aplicables exclusivament a aquest àmbit. Es tracta de la "prohibició de residir en un determinat lloc, barri, municipi, província o una altra entitat local o comunitat autònoma" o la "prohibició d'acudir a determinats llocs, barris, municipis, etc." que conté l'article 544 bis LECrim, i "l'ordre denominada de protecció integral" de l'article 544 ter LECrim.

En conclusió, es percep la necessitat d'un ordenament legal general d'aquest àmbit rellevant, que incorpori tant unes regles amb el caràcter esmentat com la relació d'un catàleg no exhaustiu de les mesures que es poden adoptar, tenint en compte l'aspecte concret que es vol garantir.

Un bon exemple del que hem afirmat és l'institut al qual es dediquen les últimes línies d'aquest epígraf.

4.1.2. Pressupòsits d'adopció de les mesures cautelars

Tradicionalment se'n preveuen dos, definits d'aquesta manera:

- Existència de *fumus boni iuris*, que consisteix en un judici de probabilitat sobre la responsabilitat penal i civil del subjecte sobre el qual recau la mesura.
- Existència de *periculum in mora*, encaminat a garantir l'efectivitat del procés i de la sentència.

Que hi hagi perill durant la durada del procés s'infereix de diferents circumstàncies, segons la naturalesa de la mesura. Si es tracta d'una mesura patrimonial, el perill en la demora es calcula segons el risc d'insolvència o d'indisponibilitat d'una cosa específica (diners, la cosa que cal restituir...), mentre que en una mesura de caràcter personal, el *periculum in mora* s'infereix, o bé del perill de fuga de l'imputat, o bé de l'ocultació de fonts de prova, o, excepcionalment, de la reiteració delictiva.

4.1.3. Característiques de les mesures cautelars

De les mesures cautelars es predica la:

- **Jurisdiccionalitat.** La mesura l'ha d'adoptar un òrgan dotat de jurisdicció, ja que és una manifestació més de la funció jurisdiccional (jutjar i fer executar el jutjat).
- **Instrumentalitat.** Les mesures no es poden configurar com una finalitat en si mateixes, sinó com a mer instrument per a fer efectius el procés i l'execució de la sentència que es dicti eventualment.
- **Idoneïtat.** Considerada per alguns més com un pressupòsit, implica l'adequació de la mesura a la situació jurídica cautelable. Dit en altres termes, la mesura ha de ser idònia per a assegurar l'efectivitat de la tutela judicial que es pugui atorgar en la sentència. Es diu en tal sentit que les mesures cautelars han de ser homogènies però no idèntiques.
- **Proporcionalitat.** Suposa que si són diverses les mesures que es poden acordar, s'ha d'adoptar la menys perjudicial, la que impliqui un sacrifici menor dels drets de l'imputat, sempre que es garanteixi una efectivitat semblant.

4.2. Mesures cautelars personals

A continuació, es detallen les mesures cautelars personals.

4.2.1. La citació

D'acord amb l'article 486 LECrim, la persona a la qual s'imputi un acte punible ha de ser citada només per a ser escoltada, tret que la llei disposi el contrari, o que sigui procedent la seva detenció.

Citació encomanada a la policia judicial

Aquesta citació és diferent de l'encomanada a la policia judicial al si de l'enjudiciament ràpid, d'acord amb l'article 796.1.3a, 4a i 5a, i 796.2 LECrim. En aquest supòsit, en què les citacions es poden fer per qualsevol mitjà de comunicació, fins i tot verbalment, encara que ha de constar en acta, no escau aplicar-hi l'article 487 LECrim. Segons el que disposen els articles 175.5è. i 420 LECrim, desoir la citació genera responsabilitat de caràcter pecuniari.

Aquesta ordre de compareixença, si no s'hi al·lega una causa justificada, esdevé ordre de detenció quan ho decreti l'òrgan jurisdiccional (art. 487 LECrim).

L'obligació de comparèixer que genera la citació judicial s'estén a totes les persones que convingui escoltar en el procés, segons el criteri de l'òrgan instructor, perquè resulta contra elles algun indici de responsabilitat (art. 488 LECrim).

4.2.2. La detenció

La detenció és la privació de llibertat, prevista en la llei, que s'efectua per a posar una persona a disposició judicial.

Consulta recomanada

Art. 489 a 501 LECrim.

Sempre partint del dret a la llibertat de moviments que reconeixen la CE (art. 17 i 55 CE) i els textos internacionals (art. 3 DUDH i art. 9 PIDCP).

Hi ha un dret fonamental a no ser detingut, excepte en els supòsits previstos legalment. Aquests supòsits són els que enumeren els articles 490 i 492 LECrim, en termes generals. A aquests s'hi han d'afegir alguns de dispersos en disposicions de diversa índole i que no es poden reproduir aquí (en aplicació de la legislació sobre estrangeria, per exemple).

La detenció és una "pura situació fàctica, sense que es puguin trobar situacions intermèdies entre detenció i llibertat".

Consulta recomanada

STC 98/1986.

No és constitucional l'anomenada *retenció*, que només es podria permetre com a zona límit amb la detenció, sense perjudici de reclamar-ne la regulació mitjançant una llei orgànica en supòsits com els controls policials en carrers o carreteres, sol·licituds d'identificació o detencions momentànies de vehicles per a la notificació d'una infracció de trànsit. Casos lícits, però diferents de la detenció, són els integrats per les diligències d'identificació i escorcoll personal, i per la prova d'alcoholèmia.

Exemple

Un exemple clar de les dificultats que planteja la distinció entre detenció i retenció és el debatut article 20 de la Llei orgànica de protecció de la seguretat ciutadana, que permet la detenció per a la identificació de les persones quan aquesta identificació sigui necessària per a l'exercici de les seves funcions de protecció de la seguretat, i si no hi ha cap altre mitjà més senzill per arribar a la conducció del subjecte a les dependències policials (vegeu la STC 341/1993).

La detenció pot ser comunicada o ser incomunicada. La diferència entre una i l'altra recau en la major limitació dels drets del detingut, ja que en el supòsit de la detenció incomunicada se suspenden els drets a informar de la seva detenció el consolat, si és estranger, o el familiar o la persona que designi, a nomenar un advocat de la seva elecció i a entrevistar-se amb ell reservadament.

Pressupòsits per a l'adopció de la mesura

La detenció, a diferència d'altres mesures, constitueix una excepció a l'aplicació d'un dels requisits d'adopció de tota mesura cautelar que afecti drets fonamentals: la jurisdiccionalitat. En efecte, amb aquest caràcter d'excepció, la detenció la poden fer tant particulars com les forces d'ordre públic, si es presenten les circumstàncies de l'article 490 LECrim, en el primer supòsit, i de l'article 492 LECrim, en el segon.

1) Detenció per particular

De conformitat amb el dit article 490 LECrim, qualsevol persona pot detenir:

- a qui intenti cometre un delicte, en el moment d'anar a cometre'l;
- al delinqüent *in fraganti*;
- a qui s'escapés de l'establiment penal en què està complint condemna;
- a qui s'escapi de la presó en la qual espera trasllat;
- a qui s'escapi en ser conduït a l'establiment o lloc esmentat en el punt anterior.
- a qui s'escapi estant detingut o pres, i
- el processat o condemnat que estigui en rebel·lia.

2) Detenció per part d'una autoritat o un agent de la policia judicial

Configurat, no ja com una facultat sinó com un deure, prescriu aquesta mesura en els supòsits següents de l'article 492 LECrim:

- Respecte de qualsevol que es trobi en els casos de l'article 490 LECrim.
- El processat per delicte per al qual es prevegi una pena a partir de tres anys de presó.
- El processat per delicte perseguit amb una pena inferior, si els seus antecedents o les circumstàncies del fet fan presumir que no compareixerà quan sigui cridat, llevat que presti una fiança suficient.
- Qui estigui en el cas anterior, encara que encara no estigui processat si l'autoritat o l'agent té motius racionalment suficients per a creure en l'existència d'un fet delictiu, o per a creure que la persona la qual intenti detenir va tenir-hi participació.

De tots aquests supòsits, només tenen caràcter cautelar els casos en què la detenció es practica durant el procés; la detenció posterior és una mesura d'execució de la pena imposada.

En tot cas hi ha d'haver una imputació, encara que no estigui formalment formulada.

Si el que s'imputa al subjecte és una falta, és procedent la detenció en l'únic supòsit en què, si es presenta algun dels pressupòsits ja assenyalats, no hi ha domicili conegut o no es presta fiança en comparèixer (art. 495 LECrim).

Durada de la mesura

El termini màxim de durada de la detenció és de 72 hores (art. 17 CE i 520 LECrim), sense oblidar que ha de durar el mínim imprescindible per a aclarir els fets i, tendencialment, un màxim de 24 o 48 hores (com a França, Alemanya i Itàlia; vegeu STC 31/1996).

El lliurament del detingut s'ha de fer al jutge més pròxim (art. 496.I LECrim) i, si n'hi ha diversos, a qui estigui de guàrdia.

Sobre la posada a disposició

Aquesta posada a disposició l'ha d'efectuar en un òrgan concret en dos casos: si l'ordre de detenció va ser judicial, en què es lliura el detingut al dit òrgan, i si es tracta d'una banda armada o terrorisme, en què es lliura el detingut als jutjats centrals d'instrucció.

Un cop posat el detingut a disposició judicial, sempre que sigui el jutge competent i ja hi hagi procés en marxa, l'instructor disposa de 72 hores per a decretar la llibertat o la presó provisional (art. 497 LECrim), llevat que el detingut sigui un evadit, cas en què ha d'ordenar l'immediat trasllat al centre penitenciari (art. 500 LECrim).

Si hi ha un procés obert i el jutge al qual es lliura el detingut no és el que estigui coneixent del procés, s'ha de remetre la documentació de la detenció i el detingut a l'òrgan competent (art. 499 LECrim).

Si no hi ha procés i el jutge es considera competent, ha de dictar una interlocutòria d'incoació del sumari o de les diligències prèvies i en el termini de les 72 hores ha de resoldre sobre la situació personal del detingut.

Drets del detingut

Els drets del detingut s'estableixen en els articles 17 CE i 520 LECrim, i es refereixen bàsicament a la detenció efectuada per la policia o ordenada per l'òrgan judicial.

El seu contingut, del qual donarem compte seguidament, també s'aplica a la persona contra la qual s'hagi decretat la presó provisional. A més d'aquests drets, el detingut es beneficia d'una doble garantia: el procediment d'*habeas corpus* (LO 6/1984, de 24 de maig) i la tipificació dels delictes contra la llibertat (detencions il·legals i segrests), en els articles 163 a 168 CP.

Dels preceptes esmentats, especialment de l'article 520 LECrim, es dedueix l'existència dels drets següents:

- Que la detenció es faci de la manera menys perjudicial per a la seva persona, la seva reputació i el seu patrimoni.
- A ser informat, comprensiblement i immediatament, dels fets que se li imputen i de les raons motivadores de la seva privació de llibertat, i dels drets que l'assisteixen.
- A guardar silenci, i a no declarar si no vol; no contestar cap o algunes de les preguntes que se li formulin, o manifestar que només declararà davant el jutge.
- A no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable.
- Que es posi en coneixement d'un familiar o persona que vulgui el fet de la detenció i el lloc de la custòdia en què es trobi en cada moment.

- A ser assistit gratuïtament per un intèrpret, quan no compregui o parli el castellà.
- A ser reconegut pel metge forense.
- A designar un advocat i a sol·licitar la seva presència perquè assisteixi a les diligències policials i judicials de declaració, intervenint en tot reconeixement d'identitat de què sigui objecte.

Aquest últim dret, conegut com "assistència lletrada al detingut," implica l'exigència que, si el detingut no té un advocat, se li hagi de nomenar un d'ofici, amb l'única excepció de les faltes i els delictes contra la seguretat viària. Aquesta diligència s'efectua comunicant al Col·legi d'Advocats l'advocat sol·licitat o demanant que el Col·legi en designi un d'ofici. L'advocat designat ha d'acudir al lloc de la detenció en un termini de vuit hores des de la comunicació realitzada al Col·legi. L'assistència consisteix substancialment a vetllar perquè s'informi el detingut dels seus drets; a sol·licitar al funcionari que, una vegada acabada la declaració, aclareixi o amplii els aspectes necessaris, i que faci constar en l'acta qualsevol incidència, i a entrevistar-se amb el detingut una vegada hagi acabat la diligència en què hagi intervingut.

L'ordre de detenció europea (recordatori)

La Decisió marc del Consell de 13 de juny de 2002, relativa a l'ordre de detenció europea i als procediments de lliurament entre estats membres (DOCE, 18 de juliol de 2002) persegueix l'extradició activa de l'imputat. S'hi assenyalen les característiques més rellevants d'aquesta norma.

4.2.3. Presó provisional

Seguidament és procedent l'anàlisi de dues de les mesures cautelars més rellevants per al procés penal, entorn de les quals tant el Tribunal Constitucional com la doctrina han recordat que la llibertat provisional ha de ser la primera que es tendeixi a adoptar i només quan no sigui adequada es pot acudir a la presó provisional.

Exposició de motius de la Llei 13/2003

Així es reconeix en l'exposició de motius de la Llei 13/2003, de 24 d'octubre, de reforma de la presó provisional:

[...] L'excepcionalitat de la presó provisional significa que en el nostre ordenament jurídic la regla general ha de ser la llibertat de l'imputat o acusat durant la litispendència del procés penal i, conseqüentment, la privació de llibertat n'ha de ser l'excepció.

Naturalesa i característiques de la presó provisional

La presó provisional implica la privació de llibertat d'un subjecte mitjançant el seu ingrés en un centre penitenciari mentre es troba pendent un procés penal contra ell i sempre que es compleixin els pressupòsits assenyalats en la llei.

Constitueix la mesura cautelar més efectiva i alhora més criticada, cosa que no impedeix reconèixer simultàniament la dificultat de substituir-la per una altra (vegeu les resolucions del Consell d'Europa 11 (65) i 80 (80)).

La seva naturalesa correspon a la d'una mesura cautelar, de perfils particulars, atès que incideix sobre el dret fonamental de la llibertat de moviments (art. 17 CE).

Com a tal mesura cautelar hi són predicables les notes de jurisdiccionalitat, instrumentalitat, idoneïtat i proporcionalitat, si bé amb especial incidència en determinats aspectes que s'assenyalen tot seguit. Així, per exemple, l'oficialitat, per raons com la màxima atenció a la garantia d'imparcialitat de l'òrgan que adopta la mesura, n'és exceptuada.

Constitueixen característiques generals de la presó provisional, l'excepcionalitat, la instrumentalitat i la proporcionalitat, que comprenen, al seu torn, la idoneïtat, la necessitat i la proporcionalitat *strictu sensu* o raonabilitat.

L'excepcionalitat significa que la llei processal opta decididament per la llibertat provisional com a regla general i primera opció que s'ha d'acollir davant la presó provisional, mentre es presentin, és clar, els pressupòsits legals a aquest efecte. D'aquí les paraules de l'exposició de motius de la Llei de reforma esmentada:

[...] no hi pot haver més casos de presó provisional que els que la Llei preveu de manera taxativa i raonablement detallada.

La instrumentalitat evita que la presó provisional sigui una finalitat per si mateixa i obliga a configurar-la com a mer instrument per a fer efectives les finalitats l'obtenció de les quals la justifiquen. Es projecta sobre múltiples aspectes connexos a l'exigència de proporcionalitat i adquireix així mateix significat en la temporalitat, com veurem després.

La proporcionalitat exigeix que la norma restrictiva del dret a la llibertat de moviments tingui un contingut proporcionat a les finalitats que es pretenen assolir amb la presó provisional. Expressat en altres termes, per a privar de llibertat algú s'ha d'exigir una finalitat constitucionalment legítima. Així, juntament amb la necessitat i idoneïtat de la mesura es requereix que es presenti la proporcionalitat *strictu sensu*, és a dir, el judici de ponderació entre els interessos en joc, de manera que el sacrifici de la llibertat de la persona sigui raonable en comparació amb la importància de la finalitat de la mesura.

Pressupòsits de la presó provisional

A partir de tres perspectives: subjectiva, objectiva i teleològica, l'article 503 LECrim subjecta acordar la presó provisional a la concurrència dels pressupòsits següents:

1) Subjectiu

Que apareguin en la causa motius suficients per a creure responsable criminalment del delicte la persona contra la qual s'hagi de dictar ordre de detenció (art. 503.1.2n. LECrim).

2) Objectiu

Que consti en la causa l'existència d'un o diversos fets que presentin caràcters de delictes sancionats amb una pena el màxim de la qual sigui igual o superior a dos anys de presó (art. 503.1.1r LECrim).

Els delictes castigats amb penes inferiors a dos anys no queden exclosos radicalment de la possibilitat de presó provisional. La regulació legal preveu quatre casos en què sí que és possible:

a) Quan l'imputat tingui antecedents penals no cancel·lats ni susceptibles de cancel·lació, derivats de delicte dolós (art. 503.1.1r if LECrim).

b) Quan, si es considera que hi risc de fuga, s'hagin dictat contra la persona imputada almenys dues requisitòries per a la seva crida i cerca en els dos últims anys anteriors (art. 503.1.3r.a III LECrim).

c) Quan es tracti d'evitar que l'imputat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima, especialment quan es tracti de les persones que estableix l'article 173 CP (art. 503.1.3r.c LECrim).

d) Quan, intentant evitar la reiteració del delicte de què es tracti, dels antecedents i altres dades disponibles es pugui inferir que l'imputat actua concertadament i organitzadament o amb habitualitat (art. 503.2.III if LECrim).

3) Teleològic

A partir del mandat constitucional d'acord amb el qual s'havien de perseguir finalitats constitucionalment legítimes, la consecució d'aquests objectius constitueix el paràmetre que evita caure en l'automaticitat, vinculant la decisió sobre la presó provisional amb la pena prevista (STC 47/2000).

D'acord amb la doctrina constitucional, la reforma recull dues finalitats ordinàries (assegurar la presència de l'imputat quan se'n pugui inferir risc de fuga, o evitar l'ocultació, alteració o destrucció de les fonts de prova i una d'excepcional (evitar la reiteració delictiva).

Juntament amb aquestes, s'hi ha incorporat la finalitat d'evitar que l'imputat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima en els supòsits de violència de gènere. Aquesta especificació s'ha d'interpretar en el marc de la lluita contra aquest tipus de delinqüència mitjançant mesures com l'ampliació de mesures cautelars de l'article 544 bis i 544 ter LECrim, i de les quals no s'ha volgut excloure la presó provisional, fins i tot en el supòsit de delictes d'aquest tipus perseguits amb penes inferiors a dos anys.

a) Assegurar la presència de l'imputat quan es pugui pensar en un risc de fuga

Per a avaluar l'existència i el grau del risc, el legislador assenyala una sèrie de pautes: la naturalesa del fet; la gravetat de la pena que es pugui imposar a l'imputat; la situació familiar, laboral i econòmica d'aquest, i la imminència de la celebració del judici oral, especialment si es tracta d'un procediment per a l'enjudiciament ràpid.

b) Evitar l'ocultació, alteració o destrucció de les fonts de prova, sempre que aquestes siguin rellevants per a l'enjudiciament i hi hagi un perill fonamentat i concret.

La finalitat no és preservar les fonts de prova en general. Aquesta configuració atemptaria contra l'exigència de proporcionalitat. L'objectiu se circumscriu a les rellevants per a l'enjudiciament, i sobre les quals s'aprecii, a més, l'existència d'un perill fonamentat i específic.

Per a efectuar aquestes valoracions, cal atènyer-se a la capacitat de l'imputat per a accedir per si mateix o mitjançant tercers a les repetides fonts o per a influir sobre altres imputats, testimonis o pèrits o els que puguin ser-ho.

c) S'afegeix com a apartat d'aquest ordinal tercer evitar que l'imputat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima, especialment quan aquesta sigui alguna de les persones a què es refereix l'article 173 CP.

Com ja es va avançar, es tracta d'un supòsit extravagant des d'un punt de vista metodològic, en la mesura que constitueix un supòsit especial inserit en una norma de caràcter general.

d) "També es pot acordar la presó provisional, si hi concorren els requisits que estableixen els ordinals 1r. i 2n. de l'apartat anterior, per a evitar el risc que l'imputat cometi altres fets delictius.

Provisionalitat de la mesura: durada de la presó provisional

L'article 17.4 CE exigeix que la llei prevegi un termini màxim de durada de la presó provisional, garantia que es completa doblement amb la també garantia constitucional a un termini raonable i el respecte a la característica d'instrumentalitat de la mesura cautelar que ens ocupa.

Atenent aquest mandat, l'article 504 LECrim assenyala en el paràgraf primer:

La presó provisional ha de durar el temps imprescindible per assolir qualsevol de les finalitats que preveuen els articles anteriors (els constitucionalment legítims) i mentre subsisteixin els motius que en van justificar l'adopció.

1) Terminis màxims de durada de la mesura: la doctrina del termini raonable

Complement i manifestació de la instrumentalitat de la mesura i exigència constitucional és la necessitat d'assenyalar els terminis màxims de la presó provisional. En aquesta direcció, l'article 504 LECrim vincula la durada de la presó provisional a dos paràmetres:

- a) La durada de la pena que correspongui al delictes en qüestió.
- b) El tipus de finalitat constitucionalment legítima de la mesura.

Art. 504.1 LECrim

L'article 504.1 LECrim, en prescriure que la mesura "ha de durar el temps imprescindible..." consagra la doctrina constitucional del *termini raonable*, d'acord amb la qual, si bé s'han de fixar uns màxims, les circumstàncies concretes del cas conduiran que la situació de limitació del dret fonamental sigui la mínima imprescindible d'acord amb els objectius concrets. Tota situació cautelar (presó o detenció preventiva) que excedeixi aquests límits vulnera el dret a la llibertat de l'article 17 CE, com passaria amb els terminis màxims a què es fa referència tot seguit.

a) Quan la mesura es dicti per a assegurar la presència de l'imputat, evitar que l'imputat actuï contra béns jurídics de la víctima o evitar la reiteració delictiva, té una durada màxima d'un any si el delictes té una pena assenyalada igual o inferior a tres anys.

Si el delictes té assenyalada una pena superior a tres anys, la mesura pot durar, com a màxim, dos anys (art. 504.2 LECrim).

b) Quan la presó provisional s'hagi acordat per a evitar l'ocultació, alteració o destrucció de les fonts de prova, la durada màxima es redueix a sis mesos.

Si en aquest termini es decreta el secret del sumari o la presó incomunicada, deixa de ser justificada la presó provisional per a evitar la finalitat assenyalada. Ara bé, si qualsevol d'aquestes dues circumstàncies desapareix, és a dir, s'aixeca el secret del sumari o es decreta la presó comunicada, l'article 504.3.II LECrim exigeix que el jutge motivi novament la subsistència d'aquest pressupòsit específic per a la presó provisional.

La diferència de terminis màxims obeeix a la proporcionalitat que ha d'imperar també en aquesta matèria de durada de la mesura. Proporcionalitat que exigeix en el supòsit b) una reducció dràstica, atès que la durada de la instrucció no pot justificar de cap manera una limitació més extensa del dret a la llibertat.

2) Pròrroga del termini: necessitat de celebrar l'audiència que preveu l'article 505 LECrim

L'article 504 LECrim preveu dos tipus de pròrrogues:

- a) Quan s'hagi acordat per a assegurar la presència de l'imputat, protegir béns jurídics de la víctima o evitar la reiteració delictiva.
- b) Quan la sentència condemnatòria hagi estat objecte de recurs.

3) Càlcul del termini

L'article 504.5 LECrim incorpora l'essència de la doctrina constitucional en aquest aspecte. D'acord amb aquesta, per al càlcul dels terminis establerts s'ha de tenir en compte el temps que l'imputat ha estat detingut o sotmès a presó provisional, sempre que es tracti de la mateixa causa.

D'altra banda, del càlcul s'ha de descomptar el temps que la causa pateixi dilacions no imputables a l'Administració de justícia, de manera que també es tingui en compte el temps que la causa hagi estat paralitzada per actes de mala fe imputables a les parts i els que puguin constituir frau processal.

4) Llibertat per haver expirat el termini màxim: cauteles davant aquesta situació

Una conseqüència immediata del transcurs del termini màxim per a romandre en presó provisional en els termes assenyalats (terminis previstos legalment, més pròrroga, si escau) és l'aturada en la situació excepcional de privació de llibertat, és a dir, la immediata posada en llibertat.

D'altra banda, la posada en llibertat originada pel transcurs del temps previst legalment no impedeix un nou acord de privació de llibertat, sempre que aquest derivi de la falta de personació sense un motiu legítim a una crida judicial (art. 504.4 LECrim).

Procediment per a l'adopció o pròrroga de la presó provisional: tribunal competent, l'audiència preceptiva, resolució i recursos

1) Tribunal competent

Poden decretar la presó provisional el jutge o magistrat instructor, el jutge que formi les primeres diligències i el jutge penal o el tribunal que conegui de la causa (art. 502.1 LECrim). La mateixa regla d'atribució de competència es preveu en l'article 505.1 LECrim.

2) L'audiència i sol·licitud d'una part acusadora

El jutge al qual es posa a disposició el detingut ha de resoldre sobre la seva situació personal, tant si és aquell a qui correspon la seva instrucció (art. 505.1 LECrim), com si no ho és i el detingut no pot ser posat a disposició del competent en el termini de 72 hores (art. 505.6 LECrim). En aquest últim supòsit, una vegada que el jutge o tribunal de la causa rebí les diligències, ha d'escoltar l'imputat, assistit del seu advocat, tan aviat com pugui i dictar la resolució que sigui procedent.

Llevat que la decisió consisteixi a posar-lo en llibertat sense fiança, la convocatòria de l'audiència és preceptiva. Dit d'una altra manera, s'ha de celebrar l'audiència si es preveu resoldre la presó provisional, la llibertat provisional amb fiança i tant si s'està detingut com si no (art. 505.1 i 2 if LECrim).

L'audiència convocada de manera imminent s'ha de celebrar en el termini més breu possible, però en tot cas abans de les 72 hores següents a la posada del detingut a disposició judicial. És a dir, en un termini equivalent al de la detenció.

A l'audiència se cita l'imputat, que ha d'acudir assistit del lletrat que hagi nomenat o d'un altre designat d'ofici; el Ministeri Fiscal, i les altres parts personades.

El caràcter preceptiu de l'audiència en els termes assenyalats, d'una banda, i el que els retards puguin ser justificats, de l'altra, juntament amb la necessitat d'adoptar una resolució sobre la situació personal de l'imputat, condueixen a permetre acordar la mesura, sempre que hi concorrin els pressupòsits de l'article 503 LECrim i en les 72 hores següents es convoqui novament l'audiència, adoptant les mesures.

3) Resolució sobre la presó provisional

La resolució, mitjançant una interlocutòria, ha de motivar la concurrència dels pressupòsits i elements valoratius que han conduït a l'adopció de la mesura.

La interlocutòria s'ha de notificar a l'imputat i als directament ofesos i perjudicats pel delicte, la seguretat dels quals es pugui veure afectada per la resolució (art. 506.3 LECrim).

4) Recursos contra l'adopció de la mesura

L'article 507.1 LECrim assenyalava que contra les actuacions que decretin, proroguin o deneguin la presó provisional o acordin la llibertat de l'imputat (amb fiança o sense) es pot interposar el recurs d'apel·lació en els termes que preveu l'article 766 LECrim, que té una tramitació preferent.

5) La resolució en cas que s'hagi decretat el secret del sumari

La declaració de secret del sumari no incideix a l'hora dels pressupòsits per a adoptar la resolució, però sí que ho fa respecte a dos aspectes concrets: el contingut de la interlocutòria i derivat d'això, el recurs contra la resolució esmentada.

a) Per a salvaguardar la finalitat de la declaració de secret del sumari, i simultàniament, no enervar les garanties exigibles en la resolució que limita un dret fonamental, l'article 506.2 LECrim estableix que la còpia que s'ha de notificar ometi les qüestions imprescindibles per a preservar la finalitat del secret. Ara bé, juntament amb això s'hi assenyalen les mesures següents:

- La interlocutòria ha d'expressar els particulars que s'han omès per aquesta causa.
- La còpia ha de deixar constància, en tot cas, d'una descripció succinta del fet imputat, i de les finalitats constitucionalment legítimes que es persegueixen (és a dir, alguns de les previstes en l'art. 503 LECrim).
- S'ha de notificar a l'imputat la interlocutòria íntegra tan bon punt s'alci el secret del sumari (art. 506.2 if LECrim).

b) En la hipòtesi de declaració de secret del sumari, si en el moment de la interposició del recurs no s'havia notificat la interlocutòria en la seva totalitat, la possibilitat d'interposar un recurs contra els aspectes desconeguts per aquesta circumstància condueix a permetre el recurs contra aquests aspectes a partir de la notificació del seu contingut íntegre (art. 507.2 LECrim).

6) Execució de la resolució: manaments a la policia judicial i al director de l'establiment penitenciari

L'article 511 LECrim assenjala la necessitat d'adjuntar a la interlocutòria de presó dos manaments: un a la policia judicial i un altre al director de l'establiment.

Classes de presó provisional: comunicada i incomunicada

Es preveu la possibilitat de dictar presó provisional incomunicada, més com una classe possible de presó d'aquest tipus, que com un grau d'aquesta. Així, l'article 509 LECrim preveu aquesta eventualitat:

"Per a evitar que se sostreguin a l'acció de la justícia persones suposadament implicades en els fets investigats, que aquestes pugin actuar contra béns jurídics de la víctima, o que s'ocultin, alterin o destrueixin proves relacionades amb la seva comissió, o que es cometin nous fets delictius."

Les conseqüències d'aquesta modalitat són l'establiment d'un termini màxim notablement reduït: al temps màxim per a practicar amb urgència diligències tendents a evitar els perills que van conduir a adoptar la incomunicació, i com a termini màxim, el de cinc dies.

L'arrest domiciliari com a mesura substitutiva per malaltia de l'imputat

La falta d'un autèntic cos legal de mesures cautelars penals en l'ordenament processal penal espanyol deixa l'arrest domiciliari, no com una mesura cautelar autònoma, sinó únicament com a substitutiva de la presó provisional quan per raó de malaltia l'internament comporti un perill greu per a la seva salut.

Com a complement de l'arrest domiciliari es poden adoptar les mesures de vigilància que siguin necessàries; així, per exemple, els braçalets emprats en el marc d'execució d'una pena amb permís de cap de setmana.

Si el tractament s'ha de fer fora del domicili, el jutge ha d'autoritzar la sortida amb la vigilància necessària (art. 508.1 if LECrim).

L'ingrés del drogoaddicte sotmès a un tractament de desintoxicació

També com a alternativa a la presó provisional i específicament per l'absència d'una previsió general d'aquesta mesura, l'article 508,2 LECrim preveu específicament l'ingrés de l'imputat sotmès a desintoxicació o deshabituació, quan l'ingrés a presó provisional pugui frustrar el resultat d'aquest tractament.

El tractament s'ha d'haver iniciat després de la comissió dels fets que originen el procediment.

L'internat imputat no pot sortir del centre sense l'autorització de l'òrgan judicial que ha adoptat la mesura.

Els centres que poden acollir aquest règim són els oficials o els que pertanyin a una organització reconeguda legalment (art. 508.2 LECrim).

Abonament de condemna i indemnització de danys i perjudicis

Si el pres preventiu és condemnat, el temps que s'hagi vist privat de llibertat s'abona en la seva totalitat per al compliment de la pena o penes imposades en la causa o, si no, de les que es puguin imposar contra el reu en altres, sempre que hagin tingut per objecte fets anteriors a l'ingrés a la presó (art. 58 CP).

Si, per contra, és absolt o condemnat a una pena inferior a la complerta en règim de presó provisional, es pot produir vulneració de l'article 17.4 CE i l'imputat pot tenir dret a una indemnització d'acord amb l'article 121 CE i l'article 294 LOPJ.

En concret, tenen dret a indemnització els que, després d'haver sofert presó preventiva, són absolts per inexistència del fet imputat o pel fet que per aquesta mateixa causa hagi estat dictat una interlocutòria de sobreseïment lliure, sempre que se li hagin irrogat perjudicis.

La quantia de la indemnització varia en funció del temps de privació de llibertat i de les conseqüències personals i familiars que s'hagin produït.

Per a obtenir aquesta indemnització cal adreçar una petició al Ministeri de Justícia, que s'ha de tramitar d'acord amb les normes reguladores de la responsabilitat patrimonial de l'Estat.

El dret a reclamar la indemnització prescriu en el termini d'un any, a partir del dia en què es va poder exercir.

Registre Central de Mesures Cautelars

Les mesures cautelars de presó provisional, la seva durada màxima i el seu cessament, i les altres mesures cautelars adoptades en el procés penal, s'han d'anotar en un registre central d'àmbit nacional que hi ha d'haver en el Ministeri de Justícia (DF primera, tercer, LO 15/2003, de 25 de novembre, per la qual es modifica el CP).

Aquest registre s'ha de regir per les corresponents disposicions reglamentàries del Govern, a proposta del Ministeri de Justícia, escoltats el Consell General del Poder Judicial i l'Agència de Protecció de Dades. Salvaguardant el que s'hi disposi, s'ha d'assegurar la confidencialitat

4.2.4. La llibertat provisional

La llibertat provisional consisteix en una limitació de la llibertat de l'imputat, que queda subjecte al compliment de determinades prestacions, que es poden garantir mitjançant diversos mecanismes, únics o conjunts. Així, per exemple, la llibertat provisional es pot acordar amb fiança o sense i en tots dos casos es pot assenyalar l'obligació de comparèixer uns dies acordats i per a assegurar aquesta última obligació es pot ordenar la retenció del passaport.

Com que està encaminada a la mateixa finalitat que la presó provisional, s'ha de preferir la seva adopció a la d'aquella, ja que constitueix una mesura cautelar que incideix en menor mesura sobre el dret fonamental de la llibertat ambulatoria.

De fet, la LO 13/2003, de 24 d'octubre, de reforma de la Llei d'enjudiciament criminal en matèria de presó provisional, sembla acollir la idea d'acord amb la qual la mesura preferent és la llibertat provisional i quan aquesta no sigui possible, la presó provisional.

Pressupòsits

L'article 529 LECrim estableix que quan no s'hagi acordat la presó provisional de l'imputat, se n'ha de decretar la llibertat provisional, amb fiança o sense, d'acord amb el que assenyala l'article 505 LECrim.

En aquest últim precepte es contempla la necessitat d'una audiència en els mateixos termes que els assenyalats per a l'adopció de la presó provisional (art. 506 LECrim).

Si la pena prevista per al delicte excedeix el límit esmentat, però l'imputat no és comprès en el número 3 de l'article 492 LECrim, ni és procedent decretar la seva presó per aplicació dels articles 503 o 504 LECrim.

No obstant això, la doctrina constitucional ha reiterat que la gravetat del delicte per si mateix i exclusivament no constitueix un pressupòsit constitucional habilitador.

S'exigeix la prestació de fiança (millor caució) a l'imputat, com a pressupòsit per a poder decretar aquesta mesura en comptes de la presó, quan s'acordi la llibertat provisional fins i tot malgrat que la pena del delicte perseguit superi els dos anys; també es pot exigir la prestació de fiança quan, tot i ser inferior la pena, així ho decideixi el jutge, en consideració a les circumstàncies personals de l'imputat i la comissió del fet (art. 503, regla 1a i 529 LECrim).

La quantia de la caució es fixa d'acord amb la naturalesa del delicte, l'estat social i els antecedents del processat i altres circumstàncies que puguin influir-hi (art. 531 i 591 a 596, per remissió de l'art. 533 LECrim).

La provisionalitat de la mesura

La situació de llibertat provisional, com la mateixa caució, manifesta el seu caràcter instrumental en la provisionalitat. Si les circumstàncies que configuren els seus pressupòsits varien, se'n poden modificar l'una i l'altra al llarg de tot el transcurs del procés (art. 539 LECrim).

Altres vegades, el canvi es produeix per imperatiu legal, com passa amb el pas de la situació de presó a la llibertat provisional, una vegada s'han exhaurit els terminis màxims de durada de la presó que fixa l'article 504 LECrim.

Procediment: la necessitat de celebrar l'audiència i que la sol·liciti un acusador

La resolució ha d'adoptar, com en el supòsit de la presó provisional, la forma d'interlocutòria, és a dir, ha d'estar motivada, i tenir el contingut que s'assenyala en els articles 529 I i II, 530 i, si escau, 529 bis, tots de la LECrim.

Si es tracta de recolzar la llibertat amb fiança dels que estiguin en llibertat o agreujar les condicions de la llibertat provisional ja acordada substituint-la per llibertat provisional amb fiança, es requereix que ho sol·liciti el Ministeri Fiscal o alguna part acusadora, i es resol amb la celebració prèvia de l'audiència que preveu l'article 505 LECrim i que s'ha analitzat en estudiar la presó provisional.

Si l'imputat estava detingut o pres, se l'ha d'excarcerar, amb la constitució prèvia de la caució –si se li ha exigít–, i ha de comparèixer periòdicament davant l'òrgan jurisdiccional en les dates assenyalades en la mateixa resolució.

Quan no estigui detingut ni pres, el compliment de la mesura se circumscriu a l'obligació de compareixença ressenyada i, arribat el cas, a la necessitat de constitució de caució.

La interlocutòria que decreti la llibertat provisional és pot recórrer mitjançant la reforma i posterior apel·lació en un sol efecte, si va ser dictada pel jutge d'instrucció (art. 529 III LECrim) i mitjançant súplica, si la va dictar l'audiència. En el procés abreujat, els recursos són, així mateix, el de reforma i apel·lació, d'acord amb el que disposa l'article 766 LECrim.

La compareixença i retirada del passaport

Tant si s'ha decretat la llibertat amb fiança o sense, s'ha de constituir *apud acta* l'obligació de comparèixer els dies que s'assenyalin en la interlocutòria respectiva. Té la mateixa obligació de compareixença cada vegada que sigui citat pel jutge o tribunal que conegui de la causa (art. 530 LECrim).

Per a garantir el compliment de l'obligació de compareixença, es pot acordar motivadament la retenció del passaport (art. 530 if LECrim).

Altres mesures; en especial, la privació del permís de conducció de vehicles de motor

Per acabar, es pot fer referència a unes mesures de naturalesa cautelar o preventiva caracteritzades perquè comporten una restricció provisional del mateix bé jurídic o dret que es veurà afectat per una pena d'inhabilitació, de suspensió o de privació del permís de conduir (art. 41, 42,43, 44, 47.1, 55, 56, 57, tots del CP).

I, sobretot, també forma part d'aquestes mesures la privació cautelar del permís de conduir i del de circulació a la persona a la qual s'han imputat fets delictius comesos amb motiu de la conducció de vehicles de motor o ciclomotors. L'execució d'aquesta mesura es produeix recollint-lo materialment del poder de l'imputat i incorporant-lo a les actuacions, i alhora comunicant-ho a la Direcció Provincial de Trànsit que l'hagi expedit (art. 529 bis LECrim; també art. 768.6a LECrim). Juntament amb aquesta mesura, aquest últim precepte preveu la intervenció del vehicle.

Les mesures de l'agressor respecte de la víctima

L'article 544 bis LECrim recull un conjunt de mesures cautelars que tenen com a finalitat la protecció de la víctima, aplicables als casos en què s'investigui un delictes dels esmentats en l'article 57 CP.

Aquestes mesures consisteixen en la prohibició de residir en un lloc determinat, d'acudir a determinats llocs i d'aproximar-se a determinades persones o de comunicar-s'hi.

En cas que l'inculpat incompleixi la mesura imposada, el jutge o tribunal pot adoptar noves mesures cautelars que impliquin una limitació més gran de la llibertat personal (presó provisional –sempre que es compleixin els seus supòsits–; l'ordre de protecció que preveu l'article 544 ter o altres mesures). Per a això s'ha de celebrar la compareixença que preveu l'article 505 LECrim. L'elecció de la mesura cautelar que s'hagi d'adoptar ha de tenir en compte la incidència de l'incompliment de la mesura d'allunyament, els seus motius, la seva gravetat i les seves circumstàncies.

A aquestes mesures la LO 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, n'incorpora d'altres com la sortida de domicili, l'allunyament o la suspensió de comunicacions (art. 64); la suspensió de la pàtria potestat o la custòdia de menors (art. 65); la suspensió del règim de visites (art. 66), i la suspensió del dret a la tinença, port i ús d'armes.

4.3. Mesures cautelars reals

Tradicionalment, la Llei d'enjudiciament criminal preveu dues mesures de naturalesa estrictament patrimonial: la fiança i l'embargament. S'hi han d'afegir les previstes en la Llei d'enjudiciament civil a partir de la remissió de l'article 764.2 LECrim en l'àmbit del procediment abreujat i de l'enjudiciament ràpid.

S'admeten així l'aval solidari de durada indefinida i pagable a primer requeriment emès per una entitat de crèdit o societat de garantia recíproca, per exemple (art. 529.3.II LEC).

4.3.1. La mal anomenada fiança (en realitat caució)

Aquesta mesura pretén assegurar l'execució de qualsevol pronunciament de contingut patrimonial que pugui contenir la resolució que posi fi al procés, cosa que inclou:

- 1) el contingut de la pretensió civil acumulada a la penal;
- 2) una pena de multa eventual, i
- 3) la condemna a costes.

La prestació de fiança s'exigeix mitjançant una resolució motivada –interlocutòria–, en què se n'ha de fixar l'import. Per a determinar la qualitat i quantitat s'han de tenir en compte la naturalesa del delictes, l'estat social i antecedents del processat i les altres circumstàncies que puguin influir en el major o menor interès d'aquest per fugir (art. 531 LECrim). Aquest no pot ser inferior a la tercera part del total que pretengui cobrir.

La interlocutòria que qualifiqui la suficiència de la fiança es pot recórrer en apel·lació (art. 596 LECrim). Així mateix, les actuacions de fiança són reformables durant tot el curs de la causa (art. 539.1 LECrim). La falta de presentació o d'ampliació de la fiança condueixen *ex lege* a l'adopció de la presó provisional (art. 540 LECrim).

La fiança es destina a respondre de la compareixença del processat quan sigui cridat pel jutge o tribunal que conegui la causa. El seu import serveix per a satisfer les costes causades en la peça separada formada per a la seva constitució (art. 532 LECrim).

L'article 764.2 LECrim especifica que la prestació de les caucions que s'acordin s'ha de fer en la forma que preveu la LEC i la pot dur a terme l'entitat en què tingui assegurada la responsabilitat civil la persona contra la qual s'adreça la mesura.

4.3.2. L'embargament

Es configura en la Llei d'enjudiciament criminal com una mesura subsidiària de la fiança i consisteix, com en l'àmbit civil, en l'afecció provisional i anticipada de béns de l'imputat per al supòsit que no es presti la fiança. Encara que la LECrim es refereixi a l'"embargament", sense adjectius, la seva naturalesa jurídica és la d'un embargament preventiu, que no permet el pas a la via de constrenyiment mentre no hi hagi una sentència de condemna.

A aquest embargament són aplicables els articles 589 i següents LECrim i, supletòriament, les normes de la Llei d'enjudiciament civil (art. 614).

Consultes recomanades

Sobre fiança pignorativa, vegeu els articles 591, 600 i 601 LECrim.

Sobre fiança hipotecària, vegeu els articles 593, 594 i 595 LECrim.

4.3.3. L'aval solidari de durada indefinida i altres mesures previstes en la LEC

L'aval solidari de durada indefinida constitueix una garantia que estableix vincles de solidaritat entre l'avalador i l'avalat amb una durada sense un termini establert, és a dir, un sistema amb un risc mínim.

Quant als que atorguen aquestes garanties, es pot tractar d'entitats de crèdit (bancs, caixes, cooperatives de crèdit, etc.) o, segons el que assenyala el mateix article 529.3.2 LEC, de societats de garantia recíproca; es tracta en aquest últim cas de societats mercantils especials que tenen per objecte social l'atorgament de garanties personals, mitjançant un aval o qualsevol altre mitjà admès en dret diferent de l'assegurança de caució, a favor dels seus socis –necessàriament empresaris– per a les operacions que aquests facin dins el gir o tràfic de les empreses de què siguin titulars.

Així mateix, hi ha una mesura addicional, consistent en la confiscació i el segrest de béns no pertanyents a l'imputat. Aquesta mesura, en alguns supòsits, no té caràcter cautelar; sí que el té, no obstant això, quan es prolonga una vegada acabada la sentència vista i dictada, en assegurament de l'execució de la pena de comís que pugui recaure sobre els objectes esmentats (art. 127 CP).

5. Delimitació subjectiva de l'acció penal: l'ordre de processament i la imputació. Finalitat de la instrucció

Aquest bloc està dedicat a la delimitació subjectiva de l'acció penal.

5.1. Delimitació subjectiva de l'acció penal: imputació material i imputació formal

Imputar és atribuir a un altre la comissió d'un fet presumptivament delictiu.

Aquesta atribució es pot efectuar, en un sentit ampli, de dues maneres:

- 1) formalment;
- 2) materialment.

En un sentit ampli, en el procés penal hi ha molts actes que materialment signifiquen imputació en la mesura que la seva execució pressuposa que es considera una persona com a sospitosa o responsable d'una conducta: això és el que succeeix amb la detenció policial o amb l'admissió a tràmit d'una querella (mai la mera interposició). Tanmateix, no hi ha imputació formal fins que l'òrgan judicial passi d'aquesta atribució més o menys fonamentada d'un delictes a la incriminació clara d'una persona, que procedeix del resultat d'una sèrie d'activitats instructores i que és pressupòsit d'obertura del judici oral.

D'altra banda, s'ha de recordar que no tot imputat serà acusat, i en aquest sentit, que no tot imputat formarà part de la delimitació subjectiva de l'acció penal. Sí que s'esdevé el contrari, és a dir, que tot acusat ha d'haver estat imputat o acusat formalment.

La configuració originària de la Llei d'enjudiciament criminal en aquesta matèria posava èmfasi a preservar al màxim l'anonimat del subjecte passiu fins a assolir la màxima constància possible (dins sempre del nivell indiciari) de l'efectiva atribució subjectiva del presumpte delictes, moment en què es dictava l'ordre de processament. No s'imputava ningú fins que no hi havia fonament suficient per a això. Amb tot, aquesta concepció presentava la dificultat de propiciar una instrucció de la qual el subjecte passiu no formava part i, per tant, no en tenia notícia ni cap possibilitat d'actuació. Especialment il·lustratives de les crítiques sobre això són les STC de 15 de febrer i de 19 de juliol de 1989.

Els corrents contraris a l'ordre de processament i a la manera de procedir a la imputació formal en el procediment ordinari per delictes greus es van imposar en la reforma de 1988, per la qual es va introduir el procediment abreujat, i es van expandir al màxim en la Llei de 1995, que va incorporar el procediment davant el tribunal del jurat. Amb totes dues normes es van voler eradicar els defectes assenyalats (instrucció *inaudita parte*) i es va concebre la imputació com a acte processal que s'ha de produir quan la mateixa activitat instructora ho faci possible, propiciant la constitució com a part del subjecte a qui s'atribueix la comissió del delicte instruït. La fórmula concreta utilitzada per assolir aquest resultat va ser l'eliminació formal de l'ordre de processament en el procediment abreujat, fet que va posar de manifest, tanmateix, mancances evidents, ja que el subjecte passiu del procés penal no sabia quin era el seu estatus en el procés.

Exigència d'imputació formal

Aquests dubtes i incerteses van conduir a diverses resolucions del TC, en què es va exigir una imputació formal a càrrec de l'òrgan judicial, és a dir, una resolució judicial que atorgués al sospitós la condició d'imputat a tots els efectes (STC 44/1985, 135 i 186/1990).

L'últim pas d'aquesta evolució ha estat el ja esmentat article 24 de la LOTJ, que exigeix l'existència d'un imputat per a iniciar, no ja el judici oral, sinó la instrucció del procés. Aquesta articulació presenta la dificultat, però, de propiciar la tendència a imputar amb excessiva lleugeresa i/o a desenvolupar activitats instructoras (que precisament es van adoptar pel desconeixement del subjecte passiu) sota fórmules processals no previstes (diligències prèvies en el procediment davant del jurat, o indeterminades en altres processos).

La reforma de 2002 va modificar el criteri que imperava en el procediment abreujat, i va imposar la imputació formal a partir de la primera compareixença davant el jutge, tal com veurem.

5.1.1. La interlocutòria de processament

Com ja s'ha dit, en el procediment ordinari per delictes greus la imputació formal s'articula mitjançant la interlocutòria de processament (art. 384 LECrim). En exigir el dictat d'una interlocutòria es posa en relleu que la resolució per la qual s'imputa formalment a una persona el delicte investigat ha d'estar motivada (art. 141 LECrim i 248 LOPJ); en conseqüència, l'instructor s'hi ha de pronunciar suficientment sobre els fets concrets i la qualificació jurídica per la qual s'atribueix a l'imputat aquesta condició (O de 5 de setembre de 1906).

Segons la mateixa doctrina constitucional, per a decretar el processament d'una persona es necessiten tres condicions, que l'article 384 LECrim condensa per mitjà de la fórmula "indicis racionals de criminalitat":

- 1) la presència d'uns fets o dades bàsiques,
- 2) que serveixin racionalment d'indicis d'una conducta determinada,

3) que aquesta conducta es qualifiqui com a criminal o delictiva.

Ara bé, ha de quedar clar que la interlocutòria de processament no té més finalitat que atribuir a un subjecte la condició formal d'imputat, de subjecte contra el qual es dirigeix l'acusació i davant el qual es pot obrir el judici oral; però ni els indicis en què el processament es fonamenta impliquen una afirmació dels fets que pugui servir de base a una sentència eventual, ni, per tant, el processament implica una acusació que pugui vincular fàcticament ni jurídicament.

La interlocutòria de processament acostuma a incorporar l'adopció de mesures cautelars personals i reals, la qual cosa es manifesta en l'obertura de peces separades: una de responsabilitat civil i una altra de situació personal. La primera inclou les actuacions tendents a garantir possibles conseqüències civils del procés; la segona, les que volen assegurar la presència de l'imputat.

Només en supòsits específics la interlocutòria de processament produeix efectes extra-processals: així succeeix en el cas dels funcionaris públics, que poden quedar suspesos provisionalment en el seu càrrec, o si es tracta de jutges i magistrats per delictes comesos en l'exercici de les seves funcions (art. 383.1 LOPJ), o si es tracta dels membres del CGPJ (art. 119.1 LOPJ), i qualsevol funcionari en els casos que preveu l'article 384 bis LECrim.

La resolució en què el jutge d'instrucció es pronuncia sobre el processament és susceptible de recurs, encara que el règim és divers en funció del seu contingut:

1) La resolució per la qual es denega el processament al pot recórrer en reforma la part que hagi sol·licitat el processament (suposadament el MF o les acusacions particulars), durant els tres dies següents a la notificació, sense que es pugui interposar recurs ulterior, i deixant únicament la possibilitat de reproduir la petició davant l'òrgan sentenciador quan es personi davant el tribunal, si fa ús d'aquest dret i evacua el trasllat a què es refereix l'article 627 LECrim. En aquest cas, el tribunal, en dictar la interlocutòria que estableix l'article 630 LECrim, ha de resoldre fonamentadament el que procedeixi sigui procedent (art. 384.VI LECrim).

2) Si la resolució acorda el processament i la va adoptar el jutge d'instrucció, es concedeix davant aquesta el recurs de reforma per tres dies i, contra la resolució desestimatòria del recurs de reforma, es pot interposar recurs d'apel·lació durant els cinc dies següents. Aquest recurs es pot interposar conjuntament i subsidiàriament amb la reforma, i l'apel·lació queda admesa quan es denega la reforma. Si, per contra, s'estima el recurs de reforma, els acusadors poden reproduir la petició de processament davant l'audiència, en els termes vistos en el paràgraf anterior (art. 384.V LECrim).

5.1.2. La imputació en el procés abreujat

La necessitat d'adquirir la condició d'imputat abans que es formuli l'acusació en aquest procediment la va apreciar la STC 186/1990, primera del TC que interpretava el llavors nou procediment abreujat, davant la negativa incidència sobre el dret de defensa que havia originat la supressió de la interlocutòria de processament.

En la primera compareixença, el jutge ha d'informar l'imputat en la forma més comprensible dels fets que se li imputen, la qual cosa equival, de fet, a la celebració d'una compareixença *ad hoc* en la fase instructora per a procedir a una imputació expressa.

No es pot tancar la instrucció sense complir aquesta exigència. L'article 779.1.4a LECrim recorda que la interlocutòria mitjançant la qual el jutge decideix que s'han de seguir els tràmits del procediment abreujat (i que conté la determinació del fet i la identificació de la persona que s'imputen) no es pot adoptar sense que li hagi pres declaració en els termes que estableix l'article 775 LECrim. O el que és el mateix, sense haver-lo informat prèviament de l'adquisició de la condició d'imputat. Aquesta exigència inclou també que l'ha d'haver informat dels seus drets, cosa que ha de fer el secretari, si escau, i també ho haurà d'haver fet (si va advertir la seva condició) la policia judicial en la fase prèvia de diligències policials (és clar, si n'hi ha hagut) (art. 771.2a LECrim).

L'exigència d'una compareixença per a informar de la imputació també s'estén als casos en què s'estigui declarant com a testimoni, de manera que si una persona ha comparegut havent estat citada com a testimoni –tenint en compte el règim diferent a què se sotmeten les declaracions del testimoni (obligat a dir veritat) i de l'imputat (en què concorre el dret a no declarar contra si mateix i no declarar-se culpable)– si durant l'interrogatori el jutge percep que se li ha d'atorgar el tractament d'imputat, cal suspendre la declaració perquè hi comparegui assistit d'un lletrat i declari com a imputat.

5.1.3. La imputació en l'enjudiciament ràpid

L'enjudiciament ràpid es caracteritza per la concentració d'activitats instructoras davant el jutjat de guàrdia, que propicien una ràpida remissió a l'òrgan enjudiciador i amb això una resolució accelerada. En aquesta línia, l'article 797.1.3a LECrim prescriu, com a primera diligència,

"prendre declaració al detingut posat a disposició judicial o a la persona que, resultant imputada pels termes de l'atestat, hagi comparegut a la citació judicial".

I s'hi afegeix: en els termes de l'article 775 LECrim, és a dir, se l'ha d'informar dels fets que se li imputen i se li ha de permetre l'entrevista prèvia amb el seu advocat.

Imputació expressa

S'ha de procedir, per tant, a una imputació expressa en aquest moment, si bé, en nom de la celeritat, aquesta exigència no es veu reforçada, com passa en el procediment abreujat, amb la prohibició de tancar la instrucció si la declaració no va tenir lloc. L'article 800 LECrim no estableix un mandat semblant al de l'article 779.1.4a LECrim.

5.1.4. La imputació en el judici de faltes i en el judici davant del jurat

A falta de fase instructora, els articles 962.2, 964 i 965 LECrim prescriuen que al denunciat se l'ha d'informar succintament dels fets en què consisteixi la denúncia i del dret a comparèixer assistit d'un lletrat. Així mateix, l'article 967 LECrim assenyala que a la citació s'ha d'adjuntar una còpia de la denúncia o de la querella presentada.

I en el procediment davant el tribunal del jurat, l'article 24 LOTJ fa dependre la seva pròpia incoació del fet que dels termes de la denúncia o la relació circumstanciada del fet o que de qualsevol actuació processal resulti contra una persona o unes persones determinades la imputació d'un delictes que sigui versemblant.

5.2. Fi de la instrucció

Desenvolupades les activitats d'investigació necessàries (per a iniciar o rebutjar la fase d'enjudiciament) i havent aplegat el material necessari, el jutge que ha instruït ha de declarar tancada la fase instructora. El contingut de la resolució inclou, en el procés ordinari, dues situacions possibles: apreciar la incompetència de l'òrgan instructor perquè el que s'ha investigat correspon a un judici de faltes (art. 624 LECrim) o declarar conclusa aquesta fase i enviar les actuacions a l'òrgan enjudiciador, on es tindran lloc la fase intermèdia i el judici. En el procés abreujat, per contra, no hi ha aquesta remissió, ja que la fase intermèdia, i amb aquesta el possible sobreseïment, té lloc davant el mateix òrgan instructor.

5.2.1. En el procediment ordinari

Quan el jutge d'instrucció consideri practicades totes les diligències necessàries per a comprovar el delictes i esbrinar la responsabilitat criminal, ha de dictar una resolució en forma d'interlocutòria que declari conclòs el sumari (art. 622.1 LECrim).

Finalitzat el sumari, pot passar que el jutge entengui que el fet és constitutiu de falta, supòsit en què ha de manar remetre el procés al jutge competent, i consultar la interlocutòria que l'acordi amb l'audiència provincial competent

(art. 624 LECrim). Si l'audiència provincial competent aprova la interlocutòria de remissió, o si s'ha desestimat el recurs de cassació que s'hagi interposat davant l'aprovació esmentada, s'ha de citar les parts perquè en cinc dies compareguin davant el jutge competent per a la celebració del judici de faltes (art. 625.1 LECrim).

Així mateix, pot ser que l'instructor consideri que el procés ha de seguir les vies del procediment abreujat. En aquest supòsit ha de dictar una interlocutòria que acordi el canvi de procediment, a l'empara del que disposa l'article 760 LECrim. Aquest canvi de procediment no implica el d'instructor, i s'ha de notificar immediatament al Ministeri Fiscal, a l'imputat i a les parts que s'hi han personat.

La interlocutòria de conclusió del sumari la dicta el jutge d'instrucció d'ofici o a instàncies del Ministeri Fiscal, si es donen dues condicions: a) que no hi hagi acusador particular en la causa o, si n'hi ha, que no hagi instat la pràctica de noves diligències; b) que el Ministeri Fiscal consideri que el sumari ha reunit prou elements per a qualificar els fets i passar a la fase d'enjudiciament oral (art. 622. II LECrim).

Dictada la interlocutòria de conclusió del sumari, el jutge d'instrucció ha de remetre les actuacions i peces de convicció al tribunal competent per a conèixer del delictes –l'Audiència Provincial, atesa la gravetat de les conductes que s'enjudicien per les vies del procediment ordinari– ha de notificar la interlocutòria esmentada a les parts i les ha de citar perquè compareguin davant la respectiva Audiència en el termini de 10 dies, o de 15 dies, si la citació és davant el Suprem (art. 622.I i 623 LECrim).

Conclusió del sumari

Pot ser que, en el moment en què el jutge d'instrucció doni per conclòs el sumari, encara hi hagi pendents de resolució recursos d'apel·lació interposats davant resolucions adoptades durant la fase instructora. Aquesta situació no impedeix la finalització del sumari, però quan el jutge d'instrucció remeti les actuacions a l'Audiència ha d'expressar quins són aquests recursos i, una vegada rebudes les actuacions i les peces de convicció, s'ha de suspendre el pas a la fase intermèdia fins a la resolució d'aquests. Si aquests són desestimats, una vegada esdevingui ferma la resolució desestimatòria, continua la fase intermèdia. Si, per contra, es dóna lloc a l'apel·lació, es revoca la interlocutòria que declarí conclòs el sumari i es torna aquest al jutge d'instrucció, amb testimoni de la interlocutòria resolutòria de l'apel·lació, per a la pràctica de les diligències que siguin conseqüència de la resolució (art. 622.III i IV LECrim).

Contra la interlocutòria de conclusió del sumari no es pot interposar cap recurs. En aquest sentit, un cop dictada la interlocutòria el jutge d'instrucció ha perdut la competència sobre la causa. El que sí que pot fer la part que es mostri disconforme amb la conclusió del sumari és sol·licitar a l'Audiència la revocació de la interlocutòria, però ja en el marc de l'anomenada fase intermèdia.

5.2.2. En el procediment abreujat

Cal advertir per endavant que en el procés abreujat no hi ha una resolució expressa de tancament de la fase instructora. I que, com que és competència del mateix jutge d'instrucció, no es produeix cap tramesa de les actuacions al jutge penal o a l'Audiència, fins que no es dicti una interlocutòria d'obertura del judici oral.

L'article 779 LECrim estableix que una vegada practicades les diligències pertinents, el jutge ha d'adoptar, mitjançant una interlocutòria, una de les resolucions següents:

1) Decretar el sobreseïment lliure, si s'estima que el fet no és constitutiu de delictes o, tot i ser-ho, no està prou justificat, o el sobreseïment provisional i arxivament, si no hi ha un autor conegut.

2) La remissió de les actuacions a l'òrgan competent, en el supòsit que estimi que els fets investigats són constitutius de falta.

3) La inhibició a favor dels òrgans de la justícia militar o de menors, si considera que els fets investigats s'enquadren dins l'àmbit de competència d'uns o altres.

4) La conversió del procediment abreujat en procediment davant el tribunal del jurat, acomodant els tràmits als de la LOTJ (art. 760.II LECrim).

5) Ordenar que se segueixin els tràmits del procediment abreujat. La interlocutòria ha de determinar els fets punibles i la determinació de la persona a la qual s'imputen. La resolució, a més, no es pot adoptar sense que hagin pres declaració a l'imputat d'acord amb el que disposa l'article 775 LECrim, és a dir, sense que s'hagi produït la compareixença i comunicació de l'adquisició de la condició d'imputat.

Aquesta interlocutòria és coneguda a la pràctica com a *interlocutòria de transformació* perquè es diu que per mitjà d'aquesta les diligències prèvies "es transformen" en procediment abreujat (encara que el cert és que les diligències prèvies formen part del procediment abreujat).

En tots els casos s'ha d'informar del procediment acordat el fiscal, l'imputat i les parts que s'hi han personat.

Règim dels recursos

Quant al règim dels recursos s'ha optat finalment per conservar el sistema instaurat per la reforma de 1988, que va considerar recurrible aquesta interlocutòria i va declarar expressament la irrecorribilitat de la interlocutòria que declara l'obertura del judici oral.

En la redacció definitiva de la llei, l'article 766.1 LECrim assenyala que contra la interlocutòria que declara l'acabament de la fase instructora, sigui quin sigui el seu contingut, es pot interposar recurs de reforma i apel·lació, sense que el primer hagi de precedir el segon i sense que se suspengui el curs del procediment.

6. La fase intermèdia. El sobreseïment. Escrits d'acusació i defensa. Qualificacions de les parts. Interlocutòria d'obertura del judici oral

A continuació, estudiarem la fase intermèdia.

6.1. Fase intermèdia

És habitual en la doctrina utilitzar l'expressió *període* o *fase intermèdia* per a referir-se a la sèrie d'actuacions processals que tenen lloc des que conclou la fase d'instrucció fins a l'obertura del judici oral.

Període o fase intermèdia

Aquesta expressió –període o fase intermèdia– també és assumida i habitualment utilitzada pels nostres tribunals (vegeu, entre moltes altres, STC 186/1990, de 15 d'octubre, i STS de 12 de novembre de 1993); encara que, de fet, no s'esmenta com a tal en el text de la Llei d'enjudiciament criminal.

6.1.1. Funcions de la fase intermèdia

Des d'un punt de vista procedimental la fase intermèdia és una fase bifront que mira, d'una banda, a la instrucció, per a resoldre sobre la seva correcta clausura, i de l'altra, a la fase de judici oral, determinant si s'ha de dur a terme.

Si algun d'aquests judicis obté un resultat negatiu (el que s'ha efectuat no posa de manifest l'existència d'un fet delictiu o el que s'ha incorporat no justifica l'exercici de l'acció penal) determina el sobreseïment del procés, amb els continguts que veurem més endavant, o la remissió de les actuacions perquè es completin degudament.

En primer lloc, per tant, aquesta fase compleix una missió d'integració i revisió del material instructor.

En segon lloc, comprèn la decisió sobre l'exercici de l'acusació, la qual cosa equival a resoldre, d'una banda, si hi ha prou elements per a entendre fonamentada l'acció penal d'acord amb el que s'ha aclarit i s'ha aportat en la instrucció o no, i de l'altra, si d'acord amb aquell resulta fundat exercir l'acció penal, i s'ha d'obrir el judici oral, o per contra, sobreseure o remetre per a recollir els elements necessaris per a l'exercici esmentat.

La diferent estructura articulada per a aquesta fase en el procediment ordinari i en l'abreujat aconsellen una exposició diferenciada d'aquesta en tots dos processos.

6.1.2. La fase intermèdia en el procés ordinari i en el procediment abreujat: seu diferent i institucions comunes

La reforma per la Llei de 28 de desembre de 1988 va afectar substancialment la configuració d'aquesta fase, de manera que, si bé les institucions processals (tancament de la instrucció, transformació eventual en un altre procediment, sobreseïment, interlocutòria d'obertura del judici i formulació de l'escrit d'acusacions) són comunes, es desenvolupen tanmateix davant òrgans diferents.

La diferència rau en el fet que el procés ordinari es construeix atribuint la decisió de tancament de la instrucció al jutge d'instrucció, que transforma el procediment, si escau, o remet les actuacions a l'òrgan enjudiciador, comunicant-ho a les parts; de manera que és davant aquest on té lloc tota la revisió de les actuacions en la instrucció, el sobreseïment o l'obertura de judici oral i elaboració dels escrits de qualificacions provisionals. En l'abreujat, a més de situar la fase intermèdia davant el jutge d'instrucció, es fa dependre l'obertura del judici oral de la seva expressa petició en l'escrit d'acusació, i no és fins que s'obre el judici oral i es formula l'escrit de defensa o fins que ha transcorregut el termini a aquest efecte, que es remeten les actuacions a l'òrgan enjudiciador (jutge penal o l'Audiència Provincial, segons que el delicte no sigui superior als cinc anys).

6.1.3. Extensió i contingut de la fase intermèdia

Procediment ordinari

La major part de la doctrina processal entén que la fase intermèdia del procediment ordinari comprèn totes les actuacions des de la interlocutòria de conclusió del sumari fins a la interlocutòria d'obertura del judici oral o la que acordi el sobreseïment.

Dictada pel jutge d'instrucció una interlocutòria de conclusió del sumari i remeses a l'Audiència Provincial les actuacions i les peces de convicció, es notifica l'acabament del sumari al processat, al querellant particular, si n'hi ha, i al Ministeri Fiscal, i se'ls cita tots davant l'Audiència (art. 622 i 623 LECrim).

Personades les parts davant el tribunal sentenciador, les parts acusadores i el Ministeri Fiscal disposen del termini que aquest els assenyali per a instruir-se de les actuacions. En ocasió de la devolució de les actuacions al tribunal, les parts acusadores hi han d'adjuntar un escrit en què poden, o bé instar la pràctica de noves diligències, o bé fer constar la seva conformitat amb la interlocutòria de conclusió del sumari. En aquest últim cas, han de manifestar el que estimin convenient sobre la procedència d'obrir el judici oral o d'acordar el sobreseïment (art. 627 LECrim).

El dit article 627 LECrim no preveu la participació de l'inculpat en aquestes actuacions, amb la qual cosa sembla vetar a aquest la possibilitat de sol·licitar diligències complementàries i fins i tot de manifestar la seva opinió sobre si l'obertura del judici és procedent.

STC 66/1989

La STC 66/1989, de 17 d'abril, tanmateix, va obligar a donar participació en aquest tràmit també a l'inculpat, que pot així demanar el que cregui procedent respecte a la pràctica de noves diligències sumariales, al sobreseïment o a l'obertura del judici.

Si el tribunal considera que el sumari no es va concloure correctament, ha de revocar la interlocutòria de conclusió i ordenar a l'instructor que practiqui les diligències que consideri oportunes (art. 631 LECrim).

Si, per contra, confirma la interlocutòria de conclusió (o bé perquè entén que no és necessària la pràctica de noves diligències, o bé perquè aquestes ja han estat practicades i l'instructor ha dictat una nova interlocutòria de conclusió del sumari), el tribunal ha de decidir en el termini de tres dies si és procedent obrir el judici o decretar el sobreseïment (art. 632 LECrim).

La fase intermèdia també és el moment adequat per a sol·licitar al tribunal sentenciador el processament de l'imputat; cosa que s'esdevindrà si prèviament el jutge d'instrucció va dictar una interlocutòria denegatòria del processament i va desestimar la reforma intentada davant aquesta resolució (art. 384. VI LECrim).

Procediment abreujat

La reforma de la Llei d'enjudiciament criminal de 1988 va modificar substancialment la fase intermèdia.

El període intermedi en el procediment abreujat inclou des de l'anomenada *interlocutòria de transformació* (art. 779.1.4a LECrim) fins a la interlocutòria d'obertura del judici oral (art. 783.1 LECrim), presentació de l'escrit de defensa i la remissió a l'òrgan competent per a l'enjudiciament (art. 784.5 LECrim).

En la mateixa interlocutòria en què el jutge d'instrucció acorda la continuació del procediment abreujat, ha d'ordenar el trasllat de les diligències prèvies a les acusacions personades i al Ministeri Fiscal, a fi que demanin el

sobreseïment, formulin l'escrit d'acusació i la petició correlativa d'obertura del judici, o sol·licitin ("excepcionalment", precisa la llei) la pràctica de diligències, aquí anomenades *indispensables* per a recalcar aquell caràcter.

Aquesta última petició és vinculant per al tribunal si prové del fiscal i si aquesta sol·licitud és justificada per "la impossibilitat de formular un escrit d'acusació per falta d'elements essencials per a la tipificació dels fets" (art. 780.2.I LECrim). En canvi, la llei deixa a discreció del jutge d'instrucció la decisió d'acordar o no les diligències complementàries sol·licitades per les acusacions que s'hi han personat (art. 780.2.II LECrim).

Practicades, si escau, les diligències indispensables, la petició de les parts pot ser de sobreseïment o d'obertura del judici oral, formulant el corresponent escrit d'acusació.

6.2. El sobreseïment

Aquest apartat incideix en el sobreseïment.

6.2.1. Concepte

El sobreseïment es pot emprendre com a alternativa a l'exercici de l'acció penal, de manera que o s'acusa perquè hi ha els condicionants sobre això o se sol·licita el sobreseïment. En aquest sentit,

"des del punt de vista de la tramitació processal, és un dels possibles continguts de la interlocutòria que resol seguir, arxivar o completar la instrucció amb la pràctica de més diligències (art. 631 i 632 LECrim per al judici oral, i 779 LECrim, per a l'abreujat)".

En un pla més general, el sobreseïment és una manera de posar fi a un procés. L'acabament del procés mitjançant una interlocutòria de sobreseïment comporta, al seu torn, l'absolució de l'imputat o processat. Aquesta absolució és, però, definitiva o provisional segons la classe de sobreseïment que s'adopti.

6.2.2. Classes i motius de sobreseïment

A continuació, s'analitzen les classes i els motius de sobreseïment.

Sobreseïment lliure

El sobreseïment lliure té els mateixos efectes que la sentència absoluta sobre el fons, és a dir, té caràcter definitiu i està dotada de l'autoritat de cosa jutjada material.

D'aquesta manera, l'imputat no queda exposat a una reobertura posterior i eventual de la causa, ni sotmès *sine die* a un estat de sospita permanent.

Els motius pels quals es pot acordar el sobreseïment lliure o definitiu de la causa són els que especifica l'article 637 LECrim:

- 1) Que no hi hagi indicis racionals que s'hagi perpetrat el fet que ha donat motiu a la formació de la causa.
- 2) Que el fet no sigui constitutiu de delictes.
- 3) Que apareguin exempts de responsabilitat criminal els processats com a autors, còmplices o encobridors.

Val la pena ressaltar, per la seva novetat i pel seu caràcter extravagant, que la reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal mitjançant la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, ha incorporat una nova causa de sobreseïment lliure, encara que estrictament limitada a l'àmbit objectiu d'aplicació de l'enjudiciament ràpid. Es tracta del supòsit en què, obert el judici oral, el MF està obligat a presentar tot seguit el seu escrit d'acusació, que pot formular fins i tot oralment (art. 800.2 LECrim). Si el MF no presenta el seu escrit d'acusació –disposa l'art. 800.5 LECrim– en el moment o en el termini de dos dies si s'ha constituït acusació particular (art. 800.4 LECrim), el jutge ha de requerir immediatament el superior jeràrquic del fiscal, perquè en el termini de dos dies presenti l'escrit, i si, en aquest últim termini, el superior tampoc no presenta l'escrit d'acusació, s'entén que no sol·licita l'obertura del judici oral i que considera procedent el sobreseïment lliure.

Sobreseïment provisional

A diferència del sobreseïment lliure, el provisional no implica l'acabament definitiu del procés. Consisteix, més aviat, en una suspensió o paralització del procés perquè falten proves sobre l'existència del fet delictiu o sobre la seva atribució a una determinada persona.

En aquesta situació, encara que el desenllaç absolutori del judici és completament previsible, el fet que hi hagi indicis racionals que s'hagi perpetrat el delictes i la probabilitat que apareguin noves proves suficients per a acreditar la seva comissió per part d'una determinada persona impedeixen anticipar l'absolució definitiva. No obstant això, si efectivament apareixen aquestes proves abans que es produeixi la prescripció del delictes, la causa penal s'ha de tornar a obrir.

Els motius en què es pot fonamentar aquesta classe de sobreseïment s'especifiquen en l'article 641 LECrim:

- 1) Quan no resulti degudament justificada la perpetració del delictes que hagi donat motiu a la formació de la causa.
- 2) Quan resulti del sumari que s'ha comès un delictes i no hi ha motius suficients per a acusar una persona determinada o unes persones determinades com a autors, còmplices o encobridores.

Al seu torn, en les causes amb diversos imputats o processats, el sobreseïment pot ser total o parcial, segons que s'acordi respecte de tots o només respecte d'una part d'aquests.

6.2.3. Recursos

Procediment ordinari per delictes greus

Contra la interlocutòria de sobreseïment lliure fonamentada en la falta de tipicitat penal dels fets (número 2n de l'art. 637 LECrim) es pot interposar recurs de cassació sempre que algú es trobi processat com a culpable dels fets (art. 636 i 848.II LECrim).

Contra la resta de sobreseïments, lliures o provisionals, no es pot interposar cap recurs, perquè no són resolucions definitives i la llei no concedeix expressament un recurs contra aquestes (art. 848.I en relació amb l'art. 636 LECrim).

Procediment abreujat

Contra les actuacions de sobreseïment, lliure o provisional, es pot interposar recurs de reforma i apel·lació, sense que per interposar el d'apel·lació sigui necessària la interposició prèvia del de reforma i sense que cap d'aquests tingui efectes suspensius (art. 766 LECrim).

6.2.4. Efectes del sobreseïment

1) Efectes comuns a tota classe de sobreseïment

a) S'arxiva la causa i les peces de convicció que no tinguin propietari conegut. Si el seu propietari és conegut s'han de tornar tret que un tercer en demani la retenció o les peces comportin algun perill greu per a interessos socials o individuals, cas en què se'ls ha de donar la destinació prevista reglamentàriament o s'han d'inutilitzar (art. 634 i 635 LECrim).

Si el sobreseïment és parcial, la causa no s'arxiva ni es tornen les peces de convicció, ja que el procés continua per als imputats respecte dels quals no s'ha acordat el sobreseïment.

El RD 2783/1976, de 15 d'octubre i l'Ordre de 14 de juliol de 1983, relatiu a la conservació i destinació de les peces de convicció, despleguen el que disposen els preceptes esmentats més amunt.

b) Es deixen sense efecte la presó provisional i la resta de mesures cautelars que s'hagin acordat. Aquest efecte és comú a tot procés, encara que només apareix expressament previst en la regulació del procediment abreujat (art. 782.1.II LECrim).

2) Efectes del sobreseïment lliure

En primer lloc, com ja s'ha dit, el sobreseïment lliure equival a l'absolució per sentència, és a dir, té autoritat de cosa jutjada material. D'aquesta manera s'exclou definitivament un ulterior enjudiciament de l'imputat pels mateixos fets.

En cas que el sobreseïment es fonamenti en els números 1r o 2n de l'article 637 LECrim, l'imputat absolt pot demanar al tribunal que li reservi el dret de perseguir el querellant com a calumniador (art. 638.II LECrim). No obstant això, l'article 456 de l'actual CP no configura aquesta reserva com a condició de procedibilitat.

El mateix tribunal pot ordenar, d'ofici, que es procedeixi contra el querellant per aquest motiu (art. 638.III LECrim i 456.2 CP), i declarar que la formació de la causa no perjudica la reputació dels inculpats.

3) Efectes del sobreseïment provisional

Com s'ha dit, produeix una suspensió o paralització del procés penal, que es reobre si apareixen elements probatoris que permetin fonamentar l'acusació. Encara així, tot el que s'ha dit sobre la persecució del querellant com a calumniador (art. 638 LECrim) també és aplicable al sobreseïment provisional, ja que, segons la STC 34/1983, de 6 de maig, "l'inculpat ha de ser considerat innocent a tots els efectes".

6.2.5. La vinculació de l'òrgan jurisdiccional a les peticions d'obertura del judici o sobreseïment formulades per les parts

Constitueix un altre dels aspectes que sense justificació explicable es regulen amb un contingut diferent en el procés ordinari i en l'abreujat.

1) Procediment ordinari per delictes greus

Si totes les parts demanen el sobreseïment, el tribunal està obligat a acordar-lo. Aquesta obligació respon a les exigències pròpies del principi acusatori, des del moment que aquest principi condiciona el mateix procés a l'existència d'algú, diferent de l'òrgan judicial, que sostingui l'acusació. L'únic que el tribunal pot fer, si considera que hi ha mèrits suficients per a deduir acusació i no s'ha personat cap querellant particular en la causa, és comunicar la petició de sobreseïment formulada pel fiscal als possibles interessats en l'exercici de l'acció, i si ningú no es presenta a sostenir l'acusació, al superior jeràrquic d'aquell (art. 642 a 644 LECrim).

Si s'ha dictat interlocutòria de processament i alguna de les parts personades demana l'obertura del judici, el tribunal està obligat a acordar-la, tret que consideri que el fet no és constitutiu de delicte (art. 645, en relació amb el 637.2 LECrim), cas en què ha d'acordar el sobreseïment lliure. Si l'imputat no ha estat processat no es pot de cap manera obrir el judici oral.

2) Procediment abreujat

Si totes les parts insten el sobreseïment per qualsevol dels motius indicats en els articles 637 o 641 LECrim, el jutge ho haurà de decretar. No obstant això, si el jutge considera que es presenta algun dels supòsits que preveuen els números 1r., 2n., 3r., 5è. i 6è. de l'article 20 CP, ha de tornar les actuacions a les parts, a fi que aquestes qualifiquin els fets i el judici continuï fins a la sentència de l'efecte d'imposar les corresponents mesures de seguretat i enjudiciar l'acció civil (art. 782.1 LECrim).

Si el fiscal insta el sobreseïment i no hi ha cap acusador personat particular en la causa, el jutge abans d'acordar-lo pot acordar que es faci saber la pretensió del fiscal als directament ofesos o perjudicats coneguts perquè en el termini màxim de 15 dies compareguin a defensar l'acció (art. 782.2.a LECrim), o remetre la causa al superior jeràrquic del fiscal perquè resolgui si és procedent o no sostenir l'acusació (art. 782.2.b LECrim). La reforma de 2002 torna a introduir, si bé amb caràcter potestatiu, l'oferiment d'accions a perjudicats i ofesos, tal com existeix per al procediment ordinari, però que s'havia exclòs en la reforma de 1988.

Si se sol·licita el sobreseïment el jutge només se'n pot desvincular quan es tracti dels casos 1r, 2n, 3r, 5è i 6è de l'article 20 CP, que necessiten el judici oral per a la imposició de les mesures. I tanmateix, davant la sol·licitud d'obertura del judici oral, la vinculació s'exceptua quan el fet no és constitutiu de delictes o no hi ha indicis racionals de criminalitat contra l'acusat.

D'altra banda, si alguna de les parts formula acusació, a diferència del que passa en el procediment ordinari, el jutge no queda vinculat per aquesta pretensió i té plena llibertat per a decretar el sobreseïment amb fonament en qualsevol de les causes especificades en els articles 637 i 641 LECrim.

El tenor literal de l'article 783.1 LECrim podria suggerir que, si hi ha acusació, el jutge d'instrucció només pot acordar el sobreseïment quan es presentin les causes especificades en els números 1r. i 2n. de l'article 637 LECrim. Així es va interpretar, per exemple, en la Circular 1/1989 de la FGE. Es tracta, tanmateix, d'una lectura del precepte inacceptable.

6.3. Tràmits que precedeixen la celebració del judici oral

Un cop tancada la fase instructora, traslladades les actuacions a les parts i resolta, si escau, la petició de sobreseïment, correspon als acusadors formular l'escrit d'acusació i sol·licitar l'obertura del judici oral. Aquesta sol·licitud, imprescindible per a poder procedir a l'obertura, es preveu en el procés ordinari com a alternativa a la sol·licitud del sobreseïment (art. 630 LECrim), mentre que en el procediment abreujat es preveu com a exigència expressa que ha de figurar en l'escrit d'acusació, juntament amb la determinació de la persona contra la qual es dirigeix l'acusació (art. 781 LECrim).

6.4. Qualificacions provisionals. Escrits d'acusació i defensa

Aquest apartat s'ocupa de les qualificacions provisionals.

6.4.1. Escrits d'acusació

Com sabem, la vigència del principi acusatori exigeix que algú diferent del jutge o tribunal exerceixi l'acusació, és a dir, que hi hagi acusació per a poder obrir el judici oral, per a poder continuar-lo i per a poder dictar sentència (*nemo iudex sine actore*).

Obert el judici oral o juntament amb l'escrit d'acusació (com passa en el procés abreujat) és fonamental que se sostingui aquesta acusació, el suport formal de la qual en el procés ordinari és l'escrit de qualificació provisional (i, posteriorment, l'escrit de conclusions definitives) i, en l'abreujat, l'esmentat escrit d'acusació.

L'acusació en qualsevol de les seves formulacions i, en concret, en el procés ordinari per delictes greus (art. 650 LECrim) comprèn un conjunt d'actes processals de naturalesa diversa i relatius a diferents aspectes, als quals ens referirem seguidament.

Qualificacions provisionals i acció penal

Obert el judici oral, les parts acusadores han de qualificar per escrit els fets sobre els quals ha de versar el judici. A aquest efecte, el tribunal sentenciador ha de comunicar la causa al fiscal i a la resta de parts acusadores, perquè en el termini de cinc dies presentin els seus escrits de qualificacions provisionals. Pel que fa estrictament a l'objecte penal, els escrits de qualificació de les parts acusadores han de contenir els aspectes que s'especifiquen en l'article 650 LECrim. És a dir:

- 1) La descripció dels fets punibles que resultin del sumari.
- 2) La qualificació legal d'aquells fets, determinant el delicte que constitueixin.
- 3) La participació que en els fets hagi tingut el processat o processats, si són diversos.
- 4) Els fets que també resultin del sumari i que constitueixin circumstàncies atenuants o agreujants del delicte o eximents de la responsabilitat criminal.
- 5) Les penes en què hagin incorregut el processat o processats, si són diversos, per raó de la seva respectiva participació en el delicte.

Aquest règim és aplicable, també, a l'escrit d'acusació que s'ha de presentar en el procediment abreujat (art. 781 LECrim que remet al 650 LECrim): ara bé, s'ha de recordar que en el procediment abreujat l'escrit d'acusació es presenta abans de l'obertura del judici oral, i s'hi ha de sol·licitar precisament l'obertura del judici oral.

Cal destacar, així mateix, la possibilitat de sol·licitar i practicar, si escau, prova anticipada, d'acord amb el que disposa l'article 781.1.III LECrim.

Qualificacions provisionals i acció civil

Si en l'escrit de qualificació provisional s'exerceix, a més, l'acció civil de forma acumulada a l'acció penal, també s'ha de fer menció desl aspectes següents:

- 1) La quantitat en què apreciïn els danys i perjudicis causats pel delictes, o la cosa que hagi de ser restituïda.
- 2) La persona o les persones que apareguin responsables dels danys i perjudicis o de la restitució de la cosa, i el fet en virtut del qual han contret aquesta responsabilitat.

Qualificació alternativa

L'article 653 LECrim faculta les parts per a presentar sobre cada un dels punts que han de ser objecte de qualificació dues o més conclusions de manera alternativa. Encara que és usual utilitzar aquest adjectiu (alternativa) per a designar aquesta manera de procedir, es tracta més aviat d'una qualificació eventual, ja que en virtut d'aquesta es procura, que si del judici no resulta la procedència de la primera qualificació, es pugui estimar qualsevol de les subsegüents en la sentència.

Aquesta possibilitat ofereix particular importància a l'efecte que el tribunal pugui condemnar d'acord amb una qualificació dels fets que, sense ser el que figurava en la qualificació provisional de l'acusació (per exemple, estafa), és, tanmateix, la procedent respecte dels fets efectivament provats (per exemple, apropiació indeguda). Si es proposen totes dues qualificacions no hi hauria cap problema a condemnar per una o l'altra. En canvi, si no s'ha utilitzat aquesta possibilitat, el dret de defensa impediria condemnar per apropiació indeguda.

Proposició de proves

En els escrits qualificadors s'han de fer constar, a més, les proves de què intenti valer-se cada part, i s'ha de presentar la llista de pèrits i testimonis que hagin de declarar a instància seva (art. 656.1 LECrim).

En les llistes de pèrits i testimonis se n'han d'expressar els noms i cognoms, el sobrenom, si són coneguts per aquest, i el seu domicili o la seva residència. A més, la part que els presenti ha de manifestar si els pèrits i testimonis han de ser citats judicialment o si s'encarrega ella mateixa de fer-los concórrer (art. 656.2 LECrim).

D'altra banda, es pot sol·licitar la pràctica de la prova anticipada (art. 657.III LECrim) o el coneixement dels testimonis o pèrits la identitat dels quals hagi estat preservada a l'empara de la LO 19/1994, de protecció a testimonis i pèrits en causes criminals.

Règim legal de la presentació de l'escrit d'acusació en el procediment abreujat i en el procediment per a l'enjudiciament ràpid

El règim legal de la presentació de l'escrit d'acusació és diferent en el procés abreujat i en el procediment per a l'enjudiciament ràpid. Com ho és, també matisadament per a l'òrgan oficial de l'acusació i per a les restants parts acusadores.

En el procés abreujat, l'article 780.1 LECrim assenyala que una vegada el jutge ha resolt que s'han de seguir els tràmits de l'abreujat, en la mateixa resolució ha d'ordenar el trasllat a les acusacions perquè en el termini comú de deu dies formulin acusació, sol·licitin el sobreseïment o instin la pràctica de les diligències indispensables.

L'escrit d'acusació té el mateix contingut que el que s'ha de formular en el procediment ordinari, amb l'únic afegit que inclou la sol·licitud d'obertura del judici oral (art. 781.1 LECrim).

6.4.2. Escrits de defensa

En clara aplicació del principi de contradicció i d'igualtat d'armes, correspon a la defensa manifestar el que convingui al seu dret, després de conèixer el contingut de l'escrit de qualificació provisional de les parts acusadores (art. 652, 784.1.I i II LECrim).

1) Qualificació provisional de la defensa. Règim legal de l'exercici de la defensa en el procediment abreujat

El contingut és semblant al d'acusació, és a dir, s'hi apliquen els preceptes i el contingut assenyalats per als escrits d'acusació (art. 652 i 784.1 LECrim).

A diferència del règim legal atorgat a l'acusació en el mateix procediment abreujat, la falta de presentació de l'escrit de defensa no determina la suspensió del procediment, sinó que s'assimila a l'existència d'oposició, de manera que

el procés continua, encara que l'acusat només pot proposar la prova que aporti en el judici oral (art. 784.1.II LECrim). Si l'acusat entén que se li ha originat indefensió ho pot denunciar tot just obrir el judici oral (art. 786.2 LECrim).

2) Qualificació del responsable civil

El seu contingut és semblant al de l'actor civil, amb l'única peculiaritat de la possibilitat d'assentir, atès que es tracta d'una pretensió de caràcter civil.

6.5. Interlocutòria d'obertura del judici oral

La interlocutòria que obre el judici oral exerceix la funció transcendental de delimitar el fet punible que serà objecte del judici i de la sentència. I, en el procediment abreuja, exerceix també la funció de determinar l'òrgan competent per a l'enjudiciament i la decisió.

Consulta recomanada

Sobre la interlocutòria d'obertura del judici oral, vegeu 783.2.II LECrim.

Aquesta resolució té una configuració legal diferent en cada un dels processos ordinaris.

En el *procés ordinari*, els articles 632 i 633 LECrim assenyalen que la resolució que declari ben conclòs el sumari s'ha de pronunciar sobre el sobreseïment o la sol·licitud de judici oral, i en aquest segon cas, quan acordi la seva obertura disposarà el trasllat de les actuacions.

En el *procediment abreuja*, l'article 783.2 LECrim disposa que el jutge ha de resoldre sobre l'adopció, modificació, suspensió o revocació de les mesures cautelars instades per les acusacions, i sol·licitar una fiança als responsables civils.

Contra la interlocutòria d'obertura no es pot interposar cap recurs, excepte pel que fa a la situació personal de l'acusat, i aquest pot reproduir les seves peticions davant l'òrgan enjudiciador (art. 783.3 LECrim).

L'obertura del judici oral en el procés ordinari, la segueixen les actuacions següents:

- a) Resolució dels articles de pronunciament previ que es puguin plantejar (art. 666 LE-Crim).
- b) Redacció de les qualificacions provisionals de l'acusació i de la defensa (art. 649 a 653 LECrim).
- c) Actes relatius a la prova i citacions.
- d) Celebració de la vista.
- e) Sentència.

En el procés abreujat, un cop acordat que s'ha de seguir el procediment, es trasllada a les parts acusadores perquè formulin els seus escrits sol·licitant l'obertura del judici oral, i després es trasllada a la defensa perquè presenti l'escrit corresponent, i després de tots dos escrits, ja davant l'òrgan enjuiciador, serà quan es resoldran, si escau, les qüestions prèvies.

Resum

El procés penal s'inicia a partir de la constatació d'uns fets que poden tenir el caràcter de delictes.

A partir d'aquí s'inicia una fase en què els òrgans oficials tenen el deure de practicar una sèrie d'actuacions que tendeixen, d'una banda, a esbrinar els fets i el seu presumpte autor, i de l'altra, a assegurar tant aquest últim com el resultat de la investigació.

De la direcció d'aquesta fase s'encarrega un òrgan judicial, atenent el fet que alguna o algunes de les decisions que es poden prendre o s'han de prendre afecten l'esfera dels drets fonamentals.

Aquestes decisions poden tenir el caràcter de diligències d'investigació o de mesures cautelars. Les unes i les altres presenten finalitats diferents i regulacions legals pròpies, però en tots dos casos es caracteritzen –amb l'excepció de la regulació de la presó provisional– perquè no tenen la regulació legal suficient, cosa que converteix la jurisprudència del Tribunal Constitucional en una font interpretativa bàsica.

La fase d'investigació dona pas a la fase denominada *intermèdia*, en què s'analitza, d'una banda, la correcció i suficiència de la fase anterior, i de l'altra, la necessitat i plausibilitat de la posterior, és a dir, del judici.

En aquesta fase es delimita l'objecte del procés mitjançant la formulació dels escrits d'acusació i de defensa, la qual cosa comporta l'obertura del judici.

La regulació legal de la fase intermèdia és diferent en funció del procés de què es tracti. Són diferents des dels òrgans davant els quals la fase es desenvolupa fins als recursos contra les seves respectives resolucions.

Activitats

1. Establiu cinc diferències entre la denúncia i la querella.
2. La iniciació d'ofici, és constitucional?
3. Sistematitzeu els pressupòsits i requisits per a l'adopció de la mesura de presó provisional.
4. En quins casos és procedent una entrada i escorcoll sense autorització judicial.
5. Expliqueu els motius de sobreseïment lliure i els motius de sobreseïment provisional.
6. Expliqueu tres diferències entre la fase intermèdia del procés ordinari i del procés abreujat.
7. Expliqueu el contingut de l'escrit d'acusació: quines diferències hi ha entre l'escrit d'acusació i l'escrit de qualificació provisional?
8. Quines diferències hi ha entre la imputació en el procés abreujat i en el judici ràpid.
9. Expliqueu les característiques de les mesures cautelars.
10. Analitzeu una resolució judicial que denegui la presó provisional.

Abreviatures

AN Audiència Nacional.

AP Audiència Provincial.

CE Constitució espanyola.

CEDH Conveni europeu per als drets humans.

CP Codi penal.

CPM *m* Codi penal militar.

EOMF Estatut orgànic del Ministeri Fiscal.

if *In fine*.

ITC Interlocutòria del Tribunal Constitucional.

LEC Llei d'enjudiciament civil.

LECrim Llei d'enjudiciament criminal.

LO Llei orgànica.

LOPJ Llei orgànica del poder judicial.

LORRPM/LORPM Llei orgànica reguladora de la responsabilitat penal dels menors.

LOTJ Llei orgànica del tribunal del jurat.

LSC/LOPSC Llei orgànica de protecció de la seguretat ciutadana.

LVG Llei orgànica 1/2004, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

MF Ministeri Fiscal.

PIDCP Pacte internacional de drets civils i polítics (Pacte de Nova York).

STC Sentència del Tribunal Constitucional.

STEDH Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans.

STS Sentència del Tribunal Suprem.

TC Tribunal Constitucional.

TEDH Tribunal Europeu de Drets Humans.

TS Tribunal Suprem.

Glossari

agent encobert *m i f* Agent de la Policia Judicial que s'infiltra en una organització delictiva amb empara legal i autorització judicial.

article de pronunciament previ *m* Causa prevista en l'article 666 de la LECrim mitjançant la qual, una vegada obert el judici oral, es posen de manifest en el Tribunal qüestions o obstacles processals que impedeixen d'alguna manera la continuació o el desenvolupament normal del procés.

denúncia *f* Declaració de ciència, de coneixement o de voluntat mitjançant la qual es posen en coneixement de l'autoritat competent uns fets que poden ser constitutius d'una infracció penal.

diligència complementària *f* Diligència que es practica durant la fase intermèdia per a integrar o completar la instrucció.

fumus boni iuris *m* Pressupost de les mesures cautelars que consisteix en un judici de probabilitat sobre l'existència dels fets i la seva naturalesa delictiva i sobre la responsabilitat civil i penal del subjecte sobre qui hagi de recaure la mesura.

indagatori -òria *adj* En sentit ampli, dit de la declaració de l'imputat a l'inici de les investigacions. En sentit estricte, dit de la declaració que pren una vegada feta la imputació formal.

inspecció corporal *f* Vegeu **registre**

intervenció corporal *f* Diligència d'investigació consistent a extreure del cos humà determinats elements, interns o externs, o a sotmetre'l a radiacions.

periculum in mora *m* Pressupost de les mesures cautelars que consisteix en l'avaluació del risc de fuga o d'incompliment de la responsabilitat civil. Es valora segons la gravetat de la pena que eventualment es pugui imposar o segons els criteris específics de cada mesura cautelar.

perit -a *m i f* Persona que aporta al procés els seus coneixements tècnics, científics o artístics. Es diferencia del testimoni en el fet que aquest emet una declaració de coneixement, mentre que el perit aporta una declaració de ciència.

querella *f* Acte processal mitjançant el qual es posen en coneixement de l'autoritat judicial uns fets que poden ser constitutius d'una infracció penal i, a més, s'exerceix l'acció penal.

registre *m* Diligències d'investigació que tenen com a objecte el cos humà, però que no representen intervenir-hi. No comprometen el dret fonamental a la integritat física, però limiten el dret a la intimitat corporal. sin.: **inspecció corporal**

sobreseïment *m* Resolució per la qual o bé es posa fi al procés (i en aquest cas es parla de *sobreseïment lliure*), o bé es paralitza temporalment el procés (cas en què es parla de *sobreseïment provisional*). El sobreseïment també pot ser total si s'acorda respecte a tots els imputats, o parcial si només s'acorda respecte a algun.

sumari *m* Fase d'instrucció en el procediment ordinari per delictes greus.

testimoni *m i f* Persona física que en el procés té la condició de tercer i que declara en el procés penal sobre fets i circumstàncies passades.

Bibliografía

- Armenta Deu, T.** (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU.
- Armenta Deu, T.** (1996). *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Armenta Deu, T.** (2003). *El nuevo procedimiento abreviado*. Madrid: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T.** (2009). *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons.
- Berzosa Franco, M. V.** (1993). "Los principios del proceso". *Justicia* (núm. especial).
- Díez Picazo Giménez, I.** (1996). "Artículo 24. Garantías procesales". A: Alzaga Villamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa.
- Montero Aroca, J.** (1997). *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. València: Tirant lo Blanch.
- Ormazábal Sánchez, G.** (1997). *El periodo intermedio en el proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill.
- Oromí Vall-Ilovera, S.** (2003). *La acción popular*. Madrid: Marcial Pons.
- Pujadas Tortosa, V.** (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Senés Motilla, C.** (1996). *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*. Madrid: McGraw-Hill.