

La fase d'instrucció

Teresa Armenta Deu

PID_00198165

Índex

Introducció	7
Objectius	8
1. La instrucció (I): fase preliminar	9
1.1. El procediment preliminar. Sumari o instrucció: finalitat general i varietats	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	13
1.2.2. La querella	13
1.3. La iniciació d'ofici	14
2. La instrucció (II): desenvolupament del sumari o diligències prèvies	16
2.1. La inspecció ocular	16
2.2. El cos del delicte	17
2.3. Determinació del presumpte delinqüent i de les seves circumstàncies personals	18
2.3.1. Diligència de reconeixement	18
2.4. Declaracions de testimonis	20
2.4.1. La determinació dels testimonis	20
2.4.2. Procediment	20
2.4.3. Mesures de protecció de testimonis	21
2.5. Declaració del processat/imputat	21
2.6. Acarament	23
2.7. Informes pericials	23
2.8. Identificació de l'imputable o processable i de les seves circumstàncies personals	24
2.8.1. L'edat	24
2.8.2. La conducta i els antecedents	24
2.8.3. La capacitat mental	25
2.9. Diligències per a determinar el dany i el responsable	25
2.10. Altres actes d'investigació	25
2.10.1. Circulació o lliurament vigilat d'estupefaents	25

2.10.2. Actuació d'agents encoberts	26
2.11. Valoració de les diligències sumariales. Prova anticipada i prova preconstituïda	26
3. La instrucció (III): mesures limitatives de drets fonamentals.....	30
3.1. Entrada i escorcoll en lloc tancat	33
3.1.1. Efectes probatoris o no de les diligències practicades	35
3.2. Escorcoll de llibres i papers	36
3.3. Intervenció de les comunicacions personals	36
3.3.1. Objecte	37
3.3.2. Pressupòsits de la mesura	37
3.3.3. Execució i control judicial de la mesura	37
3.3.4. Intervenció de les comunicacions postals, telegràfiques i telefòniques	38
3.4. Inspeccions i intervencions corporals	38
3.4.1. Objecte	39
3.4.2. Pressupòsits	39
3.4.3. Execució i control de la mesura	40
3.4.4. Efectivitat de la mesura	40
3.5. Algunes mesures concretes	41
3.5.1. Les intervencions corporals per a la determinació del perfil de l'ADN de l'imputat	41
3.5.2. Reconeixements mèdics, anàlisis de sang i exploracions ginecològiques	42
3.5.3. Les anomenades "intervencions lleus": escorcolls i prova d'alcoholèmia	43
3.5.4. La videovigilància: filmació de llocs públics	44
3.6. Incorporació al procés de la denúncia de violació de drets fonamentals	45
4. Mesures cautelars.....	47
4.1. Finalitat i pressupòsits	47
4.1.1. Algun apunt específic sobre les mesures cautelars en el procés penal	47
4.1.2. L'absència d'una ordenació legal de mesures cautelars alternatives; el degoteig legislatiu (breu referència a l'ordre de protecció integral)	48
4.1.3. Pressupòsits d'adopció de les mesures cautelars	53
4.1.4. Característiques de les mesures cautelars	53
4.2. Mesures cautelars personals	54
4.2.1. La citació	54
4.2.2. La detenció (articles 489 a 501 LECrim)	54
4.2.3. La presó provisional	56
4.2.4. La llibertat provisional	64
4.3. Mesures cautelars reals	67

Resum	68
Activitats	69
Exercicis d'autoavaluació	69
Solucionari	70
Abreviatures	71
Glossari	72
Bibliografia	73

Introducció

En aquest mòdul s'estudia la fase inicial del procés penal, anomenada genèricament *fase d'instrucció*.

Durant aquesta fase processal, que comença a partir del moment en què l'òrgan competent té coneixement de la perpetració d'uns fets que poden ser constitutius d'una infracció penal, s'intenta tant d'esbrinar aquests fets i el seu autor, com de preparar i assegurar la fase del judici oral.

La complexitat de la fase instructora està determinada per factors de naturalesa diversa, però especialment per la possibilitat que, durant aquesta, es puguin limitar o restringir drets fonamentals. Aquesta situació es pot produir o bé per la necessitat de practicar determinades diligències d'investigació, o bé per la necessitat d'adoptar mesures cautelars que tendeixen a assegurar la celebració del judici oral i l'acompliment d'una eventual sentència de condemna.

Aquest és un dels principals aspectes objecte del mòdul, però no l'únic.

En primer lloc, s'estudia la fase d'instrucció de manera general, incidint tant en els possibles models que es poden adoptar com en les diferències que aquesta fase presenta en els principals processos penals vigents. A continuació, s'expliquen les formes en què es pot iniciar el procés penal i les diferències entre cadascuna d'aquestes formes.

De manera concisa, la qual cosa significa que necessàriament cal acudir al text de la LECrim per a aprofundir més en la matèria, s'exposen les diverses diligències investigadores previstes en l'ordenament jurídic. Per a una millor exposició es distingeix entre aquelles que poden afectar drets fonamentals i aquelles que no incideixen en aquest pla.

Finalment, es dedica una lliçó a l'estudi de les mesures cautelars. En aquest sentit, val la pena assenyalar que els mòduls estan actualitzats i analitzen la regulació vigent sobre mesures cautelars, i especialment en relació amb la mesura de presó provisional, que com s'assenyala en els mòduls, ha estat objecte d'una profunda reforma legislativa, que pretén adequar el règim legal de la mesura a les prescripcions constitucionals.

Objectius

Aquest mòdul didàctic permet la consecució dels objectius següents:

- 1.** Iniciar l'estudi de la dinàmica del procés penal.
- 2.** Conèixer les finalitats de la fase d'instrucció.
- 3.** Conèixer les modalitats de la fase d'instrucció en els principals processos penals.
- 4.** Saber quins són els mecanismes d'iniciació del procés penal.
- 5.** Familiaritzar-se amb les diligències d'investigació previstes a la LECrim.
- 6.** Distingir les diligències limitatives de drets fonamentals i els seus requisits, generals i específics.
- 7.** Entendre quin és el valor probatori dels diferents actes d'investigació i la diferència entre actes d'investigació i actes de prova.
- 8.** Conèixer les diferències entre "prova anticipada" i "prova preconstituïda".
- 9.** Conèixer els mecanismes que permeten posar de manifest la vulneració de drets fonamentals en el procés.
- 10.** Comprendre i conèixer els requisits i les finalitats de les mesures cautelars.
- 11.** Aprendre el règim legal de les mesures cauterlars.
- 12.** Aprofundir en el coneixement dels drets de la persona sotmesa al procés penal.

1. La instrucció (I): fase preliminar

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

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

"constitueixen el sumari les actuacions encaminades a preparar el judici i practicades per a esbrinar i fer constar la perpetració dels delictes amb totes les circumstàncies que poden influir en la seva qualificació, i la culpabilitat dels delinqüents, assegurant les seves persones i les responsabilitats pecuniàries d'aquests".

Article 299 LECrim.

En termes generals, per tant, es poden diferenciar tres finalitats:

- a) Esbrinar i fer constar si es va cometre o no el delicte i qui pot ser-ne l'autor i la seva culpabilitat.
- b) Preparar, si escau, el judici oral.
- c) Assegurar i prevenir les conseqüències penals i civils del fet.

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

En el procés ordinari per delictes greus

En el procés ordinari per delictes greus, a partir del citat article 299 LECrim, no es diferencia una fase anterior a l'inici del sumari. Això no impedeix, però, que els articles 282 a 298 LECrim prevegin diversos quefers 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 abocades en l'atestat i el contingut de l'atestat tindran el valor de simple denúncia a efectes probatoris. En altres termes, l'absència de les garanties pròpies de la prova, –especialment, la que aquesta ha de tenir lloc en el judici i davant un òrgan jurisdiccional– impedeix de pla atorgar un altre valor a aquestes comeses.

Exemple

L'atestat s'ha de remetre al jutjat amb un informe de les detencions anteriors i de les requisitòries dictades, si escau (art. 292.II LECrim).

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

La reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal, sobre procediment per a l'enjudiciament ràpid i immediat de determinats delictes i faltes, i de modificació del procediment abreujat, de 24 d'octubre de 2002, distingeix dues situacions:

a) Aquella en què la instrucció s'entén gairebé com a innecessària o extremadament breu¹, en la qual se seguirà el procediment d'enjudiciament ràpid, d'acord amb els articles 795 i següents LECrim.

⁽¹⁾Article 795 LECrim.

b) Aquelles qüestions corresponents a l'àmbit objectiu d'aplicació del procediment abreujat, que per diversos motius, necessiten una instrucció més o menys complexa².

⁽²⁾Article 757 a 779 LECrim.

En altres procediments

Pel que fa a altres procediments, el judici de faltes no té aquesta fase 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:

- 1) Aquella que li assigna caràcter processal.
- 2) Aquella que la concep com una activitat administrativa.

Els arguments a favor de la seva naturalesa administrativa

Opera que, encara que ho dirigeixi un òrgan judicial, ho facin en gran manera òrgans administratius (la policia judicial) i que les resolucions siguin revocables (Viada). En contra, es defensa l'existència d'activitats innegablement jurisdiccionals en la fase d'instrucció, com l'acte de processament o la imputació, l'adopció de mesures cautelars personals i reals, la pràctica d'actes d'investigació limitadors de drets fonamentals, l'assegurament de les proves o la resolució de recursos (Gómez Orbaneja, Ortells).

1.1.3. Normes generals de la instrucció

Les normes generals de la instrucció són les següents:

a) Cada delictes ha de ser objecte d'un sumari, excepte els connexos que es podran acumular i instruir en un sol procés³.

⁽³⁾Article 300 LECrim.

b) La instrucció s'ha de formar davant el secretari judicial, com a dipositari de la fe pública judicial⁴.

⁽⁴⁾Article 321 LECrim.

c) Com a regla general, les actuacions sumariales es desenvoluparan a la seu oficial del jutjat, sense perjudici d'aquelles –força– que només es poden dur a terme fora, fins i tot per delegació.

d) Són hàbils tots els dies i hores⁵.

⁽⁵⁾Article 201 LECrim.

e) Les diligències sumariales són, en principi, secretes per a tercers, amb les excepcions previstes a la llei⁶.

⁽⁶⁾Article 301 LECrim.

f) L'instructor ha de recollir en el sumari tant l'advers com el favorable, i també instruir l'imputat dels seus drets, si no està assistit de defensor⁷.

⁽⁷⁾Article 2 LECrim; articles 234 i 248.4 LOPJ.

1.1.4. Contingut de la fase instructora

En una classificació detallada d'Ortells, les activitats inclouen:

- Actes d'exercici de l'acció penal i de resolució sobre aquesta.
- Actes d'iniciació del procediment diferents de la querella, la denúncia, l'atestat i la iniciació d'ofici.
- Actes d'investigació consistents a buscar i examinar les fonts de prova, així com assegurar aquestes fonts, que limiten en ocasions drets fonamentals (entrades i registres, intervenció de la correspondència o de la comunicació telefònica).
- Actes d'imputació.
- Actes per a adoptar, modificar o extingir mesures cautelars.
- Actes de prova anticipada, excepcionalment.

1.1.5. Competència i intervenció de les parts

Serà jutge competent el jutge d'instrucció del lloc del delictes, que correspongui per repartiment (en els llocs on n'hi ha diversos) o aquell davant el qual s'acumulin processos connexos⁸.

⁽⁸⁾Article 17 LECrim.

A això caldrà afegir-hi els supòsits especials que abans hem estudiat, per exemple els delictes que instrueixen els jutjats centrals penals, o aquells que han d'actuar el **jutge de prevenció**⁹, o un **jutge comissionat**¹⁰.

Exemple

Els jutjats centrals penals instrueixen, per exemple, en matèria de terrorisme, trànsit de drogues interterritorial. El Tribunal Suprem ho fa, per exemple en casos d'aforats.

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

El **ministeri fiscal** ostenta en la fase sumarial una situació clarament privilegiada com a acusador oficial i òrgan públic.

⁽⁹⁾Article 307 LECrim.

⁽¹⁰⁾Article 310 LECrim.

⁽¹¹⁾Art. 306 i 308 LECrim.

1) Com a **acusador oficial**, li correspon, en aquest sentit, una funció inspectora del transcurs d'aquest període processal¹¹, i no li afecta la declaració de secret del sumari¹².

(12) Art. 302 LECrim.

2) Des d'una segona perspectiva, com a **part pública**, intervé des de l'inici en el sumari, proposant totes les diligències que consideri oportunes. S'ha de recordar aquí, que aquesta petició és vinculant¹³, mentre que aquella que prové de les parts acusadores restants se sotmet a la decisió del jutge¹⁴.

(13) Art. 780.2.I LECrim.

(14) Art. 780.2.II LECrim.

L'acusador popular i el particular, una vegada constituïts com a parts, també poden sol·licitar diligències que hauran de ser practicades, tret que es considerin inútils o perjudicials, i podran intervenir en aquestes diligències¹⁵, sempre que no s'hagi declarat el secret del sumari¹⁶.

(15) Articles 311.I; 312; 771.1a. *in fine* i 776.3 de la LECrim.

(16) Article 302.2 LECrim.

L'actor civil veu limitada la seva intervenció a la pràctica de diligències que s'adrecin a assegurar l'efectivitat de la responsabilitat civil¹⁷.

(17) Article 320 LECrim.

Quant a l'imputat, està obligat a comparèixer si el cita el jutge, però no a declarar¹⁸; i si no compareix, es dictarà ordre de detenció (requisitòria¹⁹) en la via nacional o ordre europea de detenció o ordre internacional²⁰.

(18) Articles 24.2 CE i 520.2. a i b LECrim.

(19) Article 487 LECrim.

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

(20) Articles 835 i 784.4 LECrim i Llei orgànica 2/2003 i Llei 3/2003, de 14 de març, sobre l'ordre de detenció i lliurament.

La *notitia criminis* pot arribar al coneixement del jutge per diversos mitjans:

- a) Provenent de tercers –mitjançant la presentació d'una denúncia o d'una querella.
- b) Per coneixement del mateix jutge.

En qualsevol cas, l'òrgan judicial està obligat a investigar i, si aprecia indicis racionals de delictes, ha d'obrir la instrucció incoant la corresponent interlocutòria d'obertura del sumari o de diligències prèvies, segons el tipus de procediment que s'hagi de seguir. Si, per contra, els fets denunciats o que figuren en la querella no són constitutius de delictes o el jutge no creu que sigui competent per a instruir-los, podrà desestimar la querella²¹. Aquesta última resolució serà recurrible²².

Article 269 LECrim

L'òrgan judicial no està obligat a investigar en casos excepcionals d'absència manifesta de conducta delictiva o en què la denúncia apareixi com a manifestament falsa.

(21) Article 313.I LECrim.

(22) Article 313.II LECrim.

1.2.1. La denúncia

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

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

Mitjançant la denúncia simplement es dona notícia a l'autoritat de la comissió d'un delictes, però no s'exercita l'acció penal: per això no es requereix cap altre acte del denunciador, una vegada interposada, ni que aquest hagi de provar els fets consignats en la denúncia, sense perjudici de les responsabilitats inherents als delictes que hagués comès per mitjà de la mateixa denúncia o amb la seva ocasió²³.

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 caràcters de delictes i, a més, s'exercita l'acció penal²⁴, la qual cosa fa que el querellant es constitueixi en part.

L'article 277 LECrim condiona l'eficàcia de la querella al compliment dels requisits establerts en aquest precepte, l'omissió del qual provoca diverses conseqüències segons la seva naturalesa:

a) Si són merament formals, són subsanables 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 consagrat en l'article 24 CE, hauran de resoldre sempre sobre les pretensions que se'ls formulin, i només les podran desestimar per motius formals quan el defecte sigui insubsanable o no se subsanés pel procediment establert en les lleis".

b) Si són essencials i es tracta d'un delictes públic, la querella tindrà el valor d'una simple denúncia; si són essencials i el delictes és privat, la querella s'inadmetrà.

Tenen **capacitat per a presentar la querella** el ministeri fiscal²⁵ i les persones jurídiques i les físiques que estiguin legitimades per a exercir l'acció penal, és a dir, per a ostentar la condició de parts acusadores.

⁽²³⁾Article 264.II LECrim.

Ordre de protecció integral

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

⁽²⁴⁾Article 100 i 270 LECrim.

⁽²⁵⁾Article 124 CE; 3 i 4 EOMF; i 271, 308 i 105 LECrim.

L'admissibilitat de la querella se supedita que es presti fiança²⁶, excepte si el querellant està en algun dels casos de l'article 281 LECrim. Així mateix, els estrangers hauran de prestar fiança o no segons el que hi ha subscrit en el Conveni de l'Haia i a la reciprocitat.

⁽²⁶⁾Article 280 LECrim.

Examinada la concurrència dels requisits anteriors, si el jutge estima procedent la querella, l'admetrà i manarà practicar les diligències que s'hagin sol·licitat, excepte aquelles que consideri contràries a les lleis o innecessàries o perjudicials per a l'objecte de la querella, les quals denegarà en resolució motivada²⁷. Contra la interlocutòria que denegui les diligències demanades hi pot haver recurs d'apel·lació, el qual serà admès amb un sol efecte²⁸.

⁽²⁷⁾Article 312 LECrim.

⁽²⁸⁾Article 311.II LECrim.

Admesa la querella, el particular queda sotmès amb caràcter general al jutge d'instrucció o tribunal competent. No obstant això, es podrà apartar de la querella, i quedarà subjecte a les responsabilitats resultants dels seus actes anteriors²⁹.

⁽²⁹⁾Article 274.II LECrim.

La querella s'entén abandonada

Quan, per mort o per haver-se incapacitat el querellant, no comparegui cap dels hereus o representants legals en els trenta dies següents a la citació donant-los coneixement de la querella (art. 276 LECrim). El mateix s'esdevé, en el supòsit dels delictes perseguibles a instància de part, si deixés d'instar el procediment en els deu dies següents a la notificació de la interlocutòria en què el jutge o tribunal ho hagués acordat (art. 275 LECrim).

La desestimació de la querella procedeix en dos casos: perquè el jutge no es consideri competent o perquè els fets no siguin constitutius de delictes³⁰. Aquest rebuig no és contrari al dret fonamental a la tutela judicial efectiva³¹.

⁽³⁰⁾Article 313 LECrim.

⁽³¹⁾STC 61/82, 148/87, 238/88, 175/89, 297/94.

Finalment, l'admissió provoca una sèrie d'efectes, com la litispendència, i la interrupció de la prescripció dels delictes³².

⁽³²⁾Article 114.2 CP.

1.3. La iniciació d'ofici

Conforme a l'art. 308 LECrim, "Immediatament després que els jutges d'instrucció o de pau, si s'escau, tinguin notícia de la perpetració d'un delictes, el secretari judicial ho ha de comunicar al fiscal de l'audiència respectiva, i, a més, ha de donar un comunicat de la formació del sumari".

Aquesta norma ha estat objecte de resolucions del Tribunal Constitucional que rebutgen la interpretació conforme a la qual el citat art. 308 LECrim és manifestació inquisitiva en la fase instructora del nostre procés penal.

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

L'art. 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'ells. Com també ho podia ser el del jutge de garanties [...]. Però també s'ajusta a la Constitució el model vigent, en el qual és el jutge qui dirigeix la investigació criminal [...]. L'opció entre aquests models de justícia penal o uns altres correspon al legislador, que pot configurar el sistema que resulti més convenient per a la satisfacció dels interessos públics, sempre que respecti els drets fonamentals de les persones afectades.

2. La instrucció (II): desenvolupament del sumari o diligències prèvies

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 cap altre sistema amb altres aspectes transcendents de la fase d'instrucció.

Per a procurar un plantejament més aclaridor, s'efectuarà una breu relació del contingut de cadascuna de las diligències d'investigació.

És precisament en relació amb el valor que es pot atorgar a les diligències que examinarem seguidament, quan sorgeix la necessitat d'avançar o millor aclarir prèviament la important **diferència** que hi ha **entre els actes d'investigació i els actes de prova**. Encara que tots dos condueixen a conèixer els fets rellevants per al procés, els primers, o no són realitzats per un òrgan jurisdiccional (policia judicial, ministeri fiscal), o, tot i dur-los a terme el jutge, s'integren en la fase preliminar i, per tant, tendeixen a la finalitat pròpia d'aquesta (determinar si hi ha o no acció penal: fets presumptament delictius i subjecte a qui imputar-los) i no a la probatòria; i es practiquen sense les necessàries garanties (publicitat, contradicció).

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, recollida en els articles 326 a 333 LECrim, té per finalitat que el jutge prengui coneixement *in situ* de tot allò que pugui estar en relació amb l'existència del fet delictiu i la seva naturalesa.

La inspecció ocular³³ manté una gran relació amb les diligències generals que tendeixen a conservar el cos del delictu, per a utilitzar-les posteriorment com a prova en el judici oral³⁴. De fet, com que no es pot reproduir normalment en el judici oral, la inspecció ocular s'integra entre els casos típics de prova anticipada³⁵. A això hi contribueix l'exigència legal de la seva documentació³⁶ i la necessitat que si ja hi ha alguna persona processada o imputada en el moment de procedir a la seva pràctica, pugui presenciar-la sola o assistida per defensor³⁷.

⁽³³⁾ També denominada *reconeixement judicial*.

⁽³⁴⁾ Article 326 LECrim.

⁽³⁵⁾ Article 326.II i 333 LECrim.

⁽³⁶⁾ Per escrit en el mateix acte de la inspecció: article 332 LECrim.

⁽³⁷⁾ Article 333 i en general 118 i 302 LECrim.

2.2. El cos del delictes

Sota la rúbrica "del cos del delictes"³⁸ 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.

⁽³⁸⁾Article 334 a 367 LECrim.

Integrat pels elements que se citen en l'article 334 LECrim, el "cos del delictes" s'identifica amb la persona o cosa objecte del delictes, i es distingeix entre:

a) **Cos material**, sobre el qual aquell recau.

b) **Cos accidental**, pel qual s'incorpora a les actuacions com a peça de convenció³⁹.

⁽³⁹⁾STS 6 de febrer de 1982.

La seva naturalesa és heterogènia, i constitueix alhora mitjà i objecte d'investigació. Mitjà, perquè amb ell el jutge pot esbrinar aspectes importants; objecte perquè les materialitats que el componen poden, al seu torn, estar subjectes a diligències sumarians.

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

Diligències sumarians

Perícia, declaracions testimonials, reconeixement judicial.

1) Entre les **diligències directes de comprovació del cos del delictes de caràcter general** hi figuren:

⁽⁴⁰⁾Article 335 LECrim.

a) El reconeixement i descripció del "cos del delictes" *stricto sensu*⁴⁰.

b) La recollida, descripció, retenció, conservació o destrucció de l'instrument delictiu (arma, droga o qualsevol altre instrument, segons l'article 334 LECrim).

c) El reconeixement i informe pericial del cos del delictes (articles 336 i 339).

d) La realització d'anàlisis químiques o biològiques o l'obtenció de mostres biològiques, entre les quals destaquen per la seva significació per a la identificació les de l'ADN⁴¹.

⁽⁴¹⁾Article 363.II LECrim en relació amb l'article 326.III LECrim.

e) Les declaracions testimonials (article 337).

2) Entre les **diligències de comprovació del cos del delictes particulars**, tenint en compte el delictes, la LECrim assenyala:

a) Si es tracta de mort violenta o sospitosa de criminalitat es practicarà:

- El reconeixement i descripció del *corpus criminis*⁴².
- La identificació del cadàver i el seu aixecament⁴³.
- L'autòpsia⁴⁴. En el procediment abreujat s'exceptua la necessitat d'autòpsia en el cas de l'article 778.4 LECrim.

(42) Article 340 i 335 LECrim.

(43) Article 340-342 i article 770.4t LECrim.

(44) Article 343 LECrim i articles 8 de la Llei de Registre Civil i 274 del seu Reglament.

b) En cas d'enverinament, ferides o altres lesions:

(45) Article 350 a 352, 355 i 770, 1a.; i 778.3 LECrim.

- Es proveirà l'assistència facultativa a càrrec del metge forense⁴⁵.
- I, si escau, a l'internament o hospitalització de la víctima⁴⁶.

(46) Article 778.5 LECrim.

c) En cas de robatori, furt, estafa o similar, s'haurà d'aplicar l'article 364 LECrim, atemperat per la interpretació jurisprudencial, que el redueix als supòsits en què hi hagués dubte sobre la preexistència de la cosa objecte de sostracció⁴⁷.

(47) Article 331 i 785.2 LECrim.

És de rellevància singular el capítol II bis ("De la destrucció i la realització anticipada dels efectes judicials"), que inclou els articles 367 bis, 367 ter, 367 quater, 367 quinquies i 367 sexties, tots ells relatius a la destrucció, cadena de custòdia dels efectes i realització dels "efectes judicials" definits en l'art. 367 bis LECrim).

2.3. Determinació del presumpte delinqüent i de 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, a l'efecte de la seva possible imputació, mereixedor d'aquesta condició.

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

En cas que el futur imputat no hi estigui present, es presenten mètodes molt diversos perquè pugui ser identificat, com la utilització d'enregistraments, empremtes dactilars, escriptura, dades antropomètriques o genètiques o proves de veu, entre d'altres.

La tècnica dactiloscòpica

La **tècnica dactiloscòpica** consisteix a contrastar l'empremta dubitada que s'ha trobat en el lloc del crim amb les quals hi hagi als arxius policials de persones prèviament fitxades, per a valorar les seves varietats morfològiques o punts característics. Perquè la prova tingui l'eficàcia desitjada, de la mateixa manera que les proves caligràfiques, hauran de poder ser sotmeses a contradicció en el judici oral.

Els enregistraments

Quant als **enregistraments**, fins la LO 4/1997, de 4 d'agost, l'ordenament no disposava res; només la jurisprudència del TS en una sentència del 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 d'aquest text legal s'autoritza la instal·lació de videocàmeres en condicions determinades⁴⁸. La utilització d'aquest instrument identificatiu se sotmet al principi de proporcionalitat en la seva doble versió d'idoneïtat i intervenció mínima⁴⁹.

⁽⁴⁸⁾Article 3.1 a 4 LO 4/1997.

⁽⁴⁹⁾Article 6 LO 4/1997.

La prova d'ADN

El seu alt grau de fiabilitat ha estès la seva pràctica. A partir de la reforma dels articles 363.II i 326.III LECrim s'ha establert la base legal per ordenar l'obtenció de mostres biològiques del sospitós indispensables per a determinar el seu perfil d'ADN, permetent amb aquesta finalitat els actes d'inspecció i reconeixement o intervenció corporal que resultin adequats. Com a mesura limitadora de dret fonamental que és, l'anàlisi dels pressupòsits que s'han de presentar en la seva adopció, i també les garanties per a la seva posterior incorporació al procés.

Cal recordar, d'altra banda, la creació d'una comissió nacional sobre l'ús forense de l'ADN, a la qual s'encomanen una sèrie de funcions: a) acreditar els laboratoris facultats per contrastar perfils genètics en la investigació i persecució de delictes i la identificació de cadàvers; b) establir els criteris de coordinació entre aquests laboratoris; c) elaborar els protocols tècnics oficials sobre l'obtenció, conservació i anàlisi de les mostres; d) determinar les condicions de seguretat en la seva custòdia, i també e) fixar les mesures que garanteixin l'estricta confidencialitat i reserva de les mostres, les anàlisis i les dades que s'obtinguin d'aquests (en aquest sentit, podeu veure la Llei orgànica 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN).

Lectura recomanada

Pel que fa a la constitucionalitat de la prova de l'ADN, vegeu la important STC 206/1996, de 16 de desembre.

2.4. Declaracions de testimonis

Els testimonis⁵⁰ són les persones físiques amb la condició jurídica de tercers que declaren en el procés penal davant el jutge sobre fets i circumstàncies passades.

⁽⁵⁰⁾Article 410 a 450 LECrim.

Tota persona capaç té, en principi, el doble deure de comparèixer a la crida del jutge i de prestar declaració davant d'ell, narrant-li tot allò que sàpiga sobre un fet delictiu. De manera excepcional, algunes persones estan eximides d'alguns d'aquests deures, o de tots dos⁵¹.

⁽⁵¹⁾Article 410 i següents LECrim.

L'incompliment dels deures de comparèixer i de declarar està sancionat de diverses maneres.

En primer terme, amb multa de 200 a 5.000 euros. Si persisteix l'incompliment del deure, el testimoni podrà ser conduït per la força pública a la presència judicial i podrà ser perseguit pel delictes d'obstrucció a la justícia d'acord amb l'article 463 CP. Si es negués a declarar, fins i tot, es podria dur a terme el processament per desobediència greu a l'autoritat⁵².

⁽⁵²⁾Article 556 CP i article 420 LECrim.

2.4.1. La determinació dels testimonis

El jutge instructor podrà cridar a declarar en qualitat de testimonis:

a) A les persones assenyalades en l'atestat, en la denúncia o en la querella com a tals.

b) A totes aquelles altres persones que, sense aparèixer consignades en aquests escrits, es cregui, en el curs de les investigacions, que puguin tenir coneixements relacionats amb el fet punible⁵³.

⁽⁵³⁾Article 421 LECrim.

2.4.2. Procediment

La pràctica de la **declaració testimonial** es farà a la seu del jutjat, amb algunes excepcions:

a) Que el testimoni resideixi fora de la circumscripció del jutjat, supòsit en què s'haurà de comissionar al jutge de la circumscripció de residència del testimoni⁵⁴.

⁽⁵⁴⁾Article 422 i 423 LECrim.

b) Que el testimoni resideixi a l'estranger, supòsit en què s'haurà de declarar per mitjà de cooperació internacional⁵⁵.

⁽⁵⁵⁾Article 424 LECrim i 276 LOPJ.

⁽⁵⁶⁾Article 430.III LECrim.

c) Que el testimoni necessiti ser examinat urgentment o estigui físicament impedit, casos en què el jutge es podrà desplaçar⁵⁶.

La **citació** s'haurà de fer d'acord amb els articles 166 a 182 LECrim, amb les particularitats previstes en els articles 430 a 433 LECrim. La seva correcció presenta una rellevància especial des del punt de vista del dret de defensa. En el procés abreujat regeix l'atenuació de l'article 762.3a. LECrim.

Pel que fa a la **forma de la declaració testimonial**, es farà de manera oral després de jurament/promesa⁵⁷, tret que el testimoni sigui menor de catorze anys⁵⁸. En cas de testimoni sordmut o que no entengués o parlés el castellà es farà el que disposen els articles 440 a 442 LECrim i 231.3 LOPJ.

Les preguntes hauran de ser clares i directes, i es prohibiran les preguntes capcioses o suggestives⁵⁹.

2.4.3. Mesures de protecció de testimonis

La LO 19/1994, de 23 de desembre preveu la possibilitat que, tant d'ofici, com a instància de part, s'acordin certes mesures de protecció, enfront de la concurrència racional de perill greu per a la persona o béns del testimoni o d'aquells que hi estiguessin units per relacions de parentiu o afectivitat.

La intensitat d'aquestes mesures varia d'acord amb 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.

No obstant això, quan ja està oberta la fase del judici oral, si es proposa la declaració del testimoni protegit, la part contrària podrà 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 mai no podria posar de manifest certes circumstàncies personals del testimoni que podrien desacreditar-ne la declaració.

2.5. Declaració del processat/imputat

Si bé l'article 385 LECrim estableix la facultat del jutge instructor de requerir als processats perquè prestin totes les declaracions que consideri convenientes i l'article 387 LECrim precisa que cal exhortar-los a dir la veritat, la incidència de la Constitució obliga a entendre'ls derogats, en tant que "cap persona pot ser obligada a declarar"⁶⁰ encara que estigui detinguda o presa, perquè s'ostenta el dret a no declarar contra un mateix i a no declarar-se culpable⁶¹.

⁽⁵⁷⁾ Article 434 LECrim.

⁽⁵⁸⁾ Article 433 i 706 LECrim.

Vegeu també

En relació amb la possibilitat que els testimonis declarin mitjançant vídeoconferència, vegeu l'apartat 3 del mòdul "Fase intermèdia i judici oral".

⁽⁵⁹⁾ Art. 439 LECrim.

⁽⁶⁰⁾ Article 17.3 CE.

⁽⁶¹⁾ Article 24.2 CE i 520 LECrim.

És més, el jutge haurà d'advertir a l'imputat que no està obligat a declarar en el sentit indicat. Igualment, després de la reforma de l'article 302 LECrim, els acusadors i els actors civils tindran dret a presenciar la declaració de l'imputat o processat, tret que s'hagi declarat el secret intern del sumari.

En el cas d'una persona jurídica imputada, s'ha de prendre la declaració al representant designat per aquella, assistida pel seu advocat. La declaració s'ha d'adreçar a esbrinar els fets i a la participació en ells de l'entitat imputada i de les altres persones que hi hagin pogut intervenir.

A la declaració s'han d'aplicar els drets reconeguts, inclosos el dret a guardar silenci, a no declarar contra un mateix i a no declarar-se culpable, en allò que no sigui incompatible amb la seva pròpia naturalesa⁶².

⁽⁶²⁾Article 120 LECrim.

La pràctica ha consagrat la figura de la **indagatòria** –no prevista legalment– per a diferenciar la declaració prestada per l'imputat en els moments inicials de la instrucció, d'aquella primera que se li pren una vegada s'ha procedit a la declaració formal del processament (que és aquella que en sentit estricte es denomina *indagatòria*⁶³).

⁽⁶³⁾Article 388 de la LECrim.

La declaració de l'imputat o sospitós, si estigués detingut, s'haurà de dur a terme en el termini de vint-i-quatre hores, prorrogables⁶⁴, i es podrà repetir tantes vegades com ho cregui necessari l'instructor, el fiscal, els altres acusadors o el mateix declarant⁶⁵. No obstant això, no hi ha termini per a la indagatòria quan l'imputat no està detingut⁶⁶.

⁽⁶⁴⁾Article 386 LECrim.

⁽⁶⁵⁾Article 385 i 400 LECrim.

⁽⁶⁶⁾Article 386 LECrim.

Les preguntes hauran de ser directes, clares, precises i d'acord amb la veritat i s'hauran d'encaminar a esbrinar els fets i la participació de l'interrogat i altres copartícpis.

Si en les declaracions successives es produeixen discordances o retractacions, seran interrogats sobre la raó de les seves contradiccions i sobre les causes de la seva retractació⁶⁷.

⁽⁶⁷⁾Article 405 LECrim.

La confessió del processat, si bé no exclou que el jutge segueixi investigant, en aplicació del principi de la recerca de la veritat material⁶⁸, pot servir com a indicatiu per a enervar la presumpció d'innocència si el jutge així ho valora d'acord amb el conjunt d'elements de judici⁶⁹.

⁽⁶⁸⁾Article 406 LECrim.

⁽⁶⁹⁾Article 741 LECrim.

2.6. Acarament

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

Es tracta d'una mesura excepcional, com es dedueix clarament de l'article 455 LECrim, en virtut del qual:

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

Es duu a terme davant el jutge, qui manifestarà les contradiccions i convidarà els acarats a posar-se d'acord, seguint l'article 452 de la LECrim. El secretari estendrà una diligència de les actuacions, segons l'article 453 de la LECrim.

2.7. Informes pericials

L'informe pericial (article 456 LECrim) és el dictamen dut a terme per persones amb coneixements científics o artístics especialitzats que no té el jutge, al voltant de circumstàncies importants per a la investigació.

El **perit** pot ser una persona física o jurídica, pública o privada, titulada –com a regla general– o sense titulació⁷⁰.

⁽⁷⁰⁾Article 457 i 458 LECrim.

En concret, resulta freqüent la intervenció de determinats organismes oficials amb un alt grau d'especialització i importants mitjans tècnics, com l'Institut Nacional de Toxicologia, l'Institut de Medicina Legal⁷¹ o els Serveis de Policia Científica⁷².

⁽⁷¹⁾Article 470 a 480 LOPJ.

⁽⁷²⁾RD 59/1987 i Ordre de 17 de febrer de 1998.

El nombre mínim de perits és de dos en el procés ordinari per delictes greus, i d'un en l'abreujat, si el jutge creu que n'hi ha prou⁷³.

⁽⁷³⁾Article 459 i 778.1 LECrim.

⁽⁷⁴⁾Article 475 LECrim.

El procediment per a elaborar l'informe pericial s'inicia per la determinació judicial del seu objecte⁷⁴.

El lloc dependrà d'aquest objecte: cal que sigui en el jutjat mateix, en el lloc dels fets o on la seva naturalesa ho exigeixi.

Exemple

Penseu en les diferències que hi ha entre les anàlisis químiques, els test psiquiàtrics, els exàmens grafològics, etc.: articles 328, 336, 339, 343, 348, 351 o 356 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 del que es denomina *diligència de reconeixement*, més coneguda com a **reconeixement en roda**.

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

- La necessitat que es desenvolupi en presència judicial, amb assistència del secretari judicial i de lletrat, a excepció dels casos d'alcoholèmia (article 520 LECrim).
- L'exigència que es practiqui amb determinades garanties: la roda s'ha de formar per persones de circumstàncies exteriors semblants i repetir-se a presència judicial, si la primera es va fer a la comissaria.
- El reconeixement ha de ser inequívoc.

L'eficàcia de la diligència és la pròpia de la seva pràctica sumarial; en conseqüència, haurà de ser objecte de declaració testifical en el judici oral, i s'haurà de sotmetre a contradicció i servint-li com a complement. No obstant això, la seva legitimitat no es veu afectada per la mostra prèvia de fotografies a qui s'ha de fer el reconeixement⁷⁵.

2.8.1. L'edat

A vegades, l'edat de l'imputat pot ser transcendent per al procés, especialment quan no està 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, el secretari judicial portarà la certificació de la inscripció de naixement de l'imputat en el Registre Civil o la partida de baptisme, si no estigués inscrit en el Registre⁷⁶.

Si l'edat no es pogués determinar per cap d'aquests mitjans i fos necessari conèixer-la, es determinaria de manera pericial, mitjançant les característiques físiques de l'imputat⁷⁷.

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 l'efecte de la pena que podria recaure, si escau.



Segons la LECrim, la identificació de la persona processable per un delictes en una diligència de reconeixement, s'ha de fer davant el secretari judicial i del lletrat.

⁽⁷⁵⁾ STS de 20-6-86, 4-10-86, 11-2-87 i 11-3-87, entre d'altres.

⁽⁷⁶⁾ Article 375 LECrim.

⁽⁷⁷⁾ Article 375 i 762.7a. LECrim.

De manera clarament desfasada, els articles 377 i 378 LECrim assenyalen que es poden sol·licitar informes de conducta a l'ajuntament o als funcionaris corresponents o a les persones que pel coneixement que tinguessin de l'encausat puguin il·lustrar a 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 de certificació del Registre Central de Penats i Rebels.

2.8.3. La capacitat mental

Atès que l'alienació i el trastorn mental transitori són circumstàncies eximentes de la responsabilitat penal⁷⁸, l'òrgan judicial pot acordar la pràctica d'informes pericials dirigits a determinar aquests extrems. La perícia seguirà el procediment establert en els articles 456 a 485 LECrim.

⁽⁷⁸⁾Article 20 núm. 1r., 2n. i 3r. CP.

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'haurà 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 LEC es refereix a la peritació dels danys en els supòsits de delictes patrimonials.

Generalment, s'adoptaran mesures cautelars per a assegurar les citades responsabilitats, motiu pel qual es remet a la llició corresponent la seva anàlisi.

2.10. 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 Nacions Unides sobre el tràfic il·licit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques" de 20 de desembre de 1988 i amb aquesta un increment de la reacció penal enfront de les conductes citades, establint, entre altres, aquesta mesura. D'altra banda, el nostre ordenament també incorpora el **Conveni de Schengen**, que regula el règim dels lliuraments vigilats de les substàncies citades⁷⁹.

⁽⁷⁹⁾Article 73 del conveni de Schengen.

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

2.10.2. Actuació d'agents encoberts

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

La mesura està reservada per a la investigació de certs tipus de delictes⁸⁰, sempre que es cometin de manera organitzada, és a dir, per una associació de tres persones o més organitzades per a delinquir permanent o reiteradament.

⁽⁸⁰⁾Article 282 bis.4 LECrim.

En essència, es permet que agents de la policia judicial actuïn sota identitat suposada –facilitada pel Ministeri d'Interior– i s'infiltrin en les organitzacions delictives, per a obtenir informació amb la qual podran aconseguir de desarticular-la i condemnar-ne els membres.

2.11. Valoració de les diligències sumarians. 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 presumptament delictiu i circumstàncies) i subjectives (presumpte culpable) de l'acció penal. Si concorren, i sempre que algú sostingui aquesta acció, s'haurà d'obrir el judici oral per a desenvolupar-hi l'activitat pública i contradictòria precisa 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.

Els actes de la investigació, en definitiva, s'encaminen a fundar prou 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

⁽⁸¹⁾Article 741.I LECrim.

terme durant la instrucció no estan encaminats a fundar la sentència penal. Només els actes de prova practicats en el judici oral serviran de fonament a la sentència⁸¹.

Sobre uns principis, substancialment correctes, establerts per la LECrim en l'article 741 LECrim (només poden ser valorades com a prova les practicades en judici), la mateixa Llei cita una sèrie d'excepcions (prova anticipada), i la necessitat i la pràctica n'han anat desenvolupant una aplicació extensiva del mateix (prova preconstituïda), el risc de la qual és la desnaturalització del repetit principi bàsic i la tornada de fet al cas en què les activitats de la instrucció esdevinguin determinants⁸².

L'anomenada "**prova anticipada**", sobre la qual tornarem en analitzar la fase probatòria, consisteix essencialment en la pràctica d'un mitjà de prova en fase d'instrucció, això és, en un moment previ anterior al que li correspon, davant la fundada previsió que no es podrà fer en el marc del judici oral⁸³.

Exemples

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

Precisament, en aquests casos en què, ja en la mateixa fase d'instrucció, resulta clar que la diligència s'ha de practicar com si fos una prova en sentit propi, es poden complir els requisits bàsics de qualsevol activitat probatòria: practicar-se en presència judicial i amb les suficients garanties de defensa (presència de lletrat), publicitat i contradicció (ampliant notablement la intervenció de l'imputat en la fase instructora).

Al costat d'això, caldrà una incorporació adequada a la fase de judici oral, com veurem de seguida.

Al costat d'aquests casos de "prova anticipada" en sorgeixen d'altres denominats de "**prova preconstituïda**", en els quals l'excepció apareix davant de 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 practicarà en el judici i amb totes les garanties; i de l'altra, articular un remei davant de determinades diligències que essent de reproducció impossible 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. 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, resulta innegable que si, per exemple, la droga s'ha de destruir, és

Exemple

En aquestes i altres circumstàncies es funden diversitats com la incidència dels principis d'oficialitat i inquisitiu, en la fase instructora, i dispositiu, d'instància de part i de contradicció, en la fase de judici oral. També justifica, en nom de l'acusatori, l'atribució de la direcció de totes dues fases a jutges diferents.

⁽⁸²⁾Vegeu l'exposició de motius de la Llei d'enjudiciament criminal de 1882.

⁽⁸³⁾Articles 657.III, 777.2; 797.2, 350, 356, 467.II, 471 i 476, tots de la LECrim.

irreproducible en el judici la confiscació i les seves circumstàncies (quantitat, qualitat, etc.). Per això 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 necessària contradicció, de l'altra.

En aquesta matèria, la qüestió ofereix una doble perspectiva. D'una banda, decidir fins on pot cedir l'ordenament jurídic en l'excepcionabilitat d'aquesta prova, i de l'altra, establir quins mecanismes són ineludibles per a compensar la relaxació d'exigències. Com en tants altres temes en què hi ha dos interessos en conflicte, l'ordenament jurídic i la jurisprudència que l'aplica i interpreta es mou en un difícil equilibri que generalment marca posicions al llarg d'un arc de més a menys exigència. Les pautes d'aquesta hermenèutica són les següents:

Fins a una coneguda sentència del Tribunal Constitucional, el 1981, es vivia una situació una mica confusa. D'una banda, ressonaven les conegudes paraules de l'exposició de motius de la LECrim –ja el 1882– denunciant la pràctica judicial de resoldre sobre la base del que s'ha actuat en la fase sumarial, amb clar oblit del caràcter literal de l'article 741 LECrim. D'una altra, s'acudia amb excessiva freqüència a l'article 730 LECrim, que permet llegir en l'acte del judici diligències practicades en el sumari que, per causes independents de la voluntat de les parts, no poden ser reproduïdes o a l'article 714 LECrim, referent a les declaracions de testimonis. Sobre la base de tots dos preceptes, es dictaven sentències condemnatòries sobre l'únic fonament del que s'havia actuat en la instrucció.

El 28 de juliol de 1981 el Tribunal Constitucional –i, a partir de llavors, la resta de la jurisprudència– va establir la doctrina d'acord amb la qual només mereix la consideració de prova la produïda en l'acte del judici oral, en condicions de plena vigència de les garanties essencials d'oralitat, contradicció, immediatesa i publicitat. Les declaracions sumarials, per tant, perquè puguin ser valorades d'acord amb l'article 741 LECrim, han de ser reiterades en el judici oral⁸⁴.

⁽⁸⁴⁾STC 137/1988.

Com a criteri general, així, demostrat que la diligència policial o sumarial no pot ser reproduïda en el judici, la seva valoració com a prova dependrà del compliment de certes formalitats: en el cas de les diligències policials caldrà que els agents que les van practicar compareguin en el judici per ratificar-les; si es tracta de diligències sumarials, serà necessari que es doni lectura en l'acte del judici a la corresponent documentació, d'acord amb l'article 730 LECrim.

Aquests criteris generals es concreten, no obstant això, de diferent manera en relació amb diverses activitats: així, per exemple, les declaracions de l'imputat i dels testimonis són gairebé sempre reproduïbles en el judici, mentre que els actes de constatació (detenció del delinqüent en determinades circumstàncies, inspecció ocular, entrada i escorcoll) no ho són. Finalment, quant als informes pericials, la jurisprudència es mostra extraordinàriament flexible quant a

l'exigència de reproducció en el judici, especialment en matèria de drogues. Referent a això, vegeu el que s'assenyala *ut supra* en aquesta mateixa lliçó en tractar dels perits, i els informes emesos pels laboratoris oficials.

Com a breu resum final, es pot sintetitzar que la valoració actual dels atestats policials varia segons el contingut del que s'hi reculli:

- Si es tracta d'opinions o informes dels imputats, encara que se'ls hagi informat dels seus drets i estiguin assistits de lletrat, l'atestat no tindrà més valor que el d'una denúncia (i no tindrà eficàcia probatòria).
- Si es tracta de declaracions de testimonis, diligències de reconeixement en roda o d'altres semblants tampoc no se'ls pot atribuir més valor que el de meres denúncies.
- Si es tracta de dictàmens o informes prestats per gabinets policials, tindran valor de veritables proves valorables d'acord amb l'article 741 LECrim, sempre que es ratifiquin en la vista del judici oral, amb possibilitat que les parts puguin demanar aclariments o formular observacions.
- Si es tracta de diligències objectives i de resultat incontestable (detenció al lloc dels fets dels delinqüents; supòsits en els quals són sorpresos de manera flagrant; ocupació o recuperació dels efectes o instruments del delicte, armes, drogues o substàncies estupefaents), també hauran de tenir consideració de proves valorables d'acord amb l'article 741 LECrim si s'han complert les formalitats legals⁸⁵.

⁽⁸⁵⁾ STS 17 de maig de 1988.

Ja en el pla del dret positiu, la Reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal, per la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, preveu, per al procediment abreu-jat i per al judici ràpid, sengles preceptes (l'article 777.2 i el 797.2 LECrim, respectivament) on incorpora l'essència de la doctrina recaiguda en matèria de prova anticipada:

- a) d'una banda, la documentació necessària del mitjà de prova⁸⁶;
- b) de l'altra, la necessitat de la seva reproducció adequada en el judici oral⁸⁷, i
- c) la ja repetida incorporació d'un segon paràgraf a l'article 788.2 LECrim.

⁽⁸⁶⁾ Article 777.2.II i 797.2.II LE-Crim.

⁽⁸⁷⁾ Article 777.2.II i 797.2.II LE-Crim.

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

A partir de la Segona Guerra Mundial es va anar elaborant un cos de doctrina, comunament acceptada, que actua com a guia general sotmetent la limitació dels drets fonamentals a la concurrència d'una sèrie de pressupòsits aplicables a totes les mesures limitatives de drets fonamentals. Pressupòsits que en conjunt compleixen, a més, una funció important d'interpretació de la complexa regulació legal, quan, com passa sovint, aquesta falta o resulta insuficient, o quan esdevé imprescindible cohonestar les diferents interpretacions dels tribunals.

Es tracta dels següents:

- 1) finalitat constitucionalment legítima de la mesura;
- 2) previsió normativa (principi de legalitat formal i material);
- 3) adoptar-se en el marc d'un procés, és a dir, jurisdiccionalitat;
- 4) necessitat qualificada de motivació;
- 5) estar subjecta al principi de proporcionalitat stricto sensu; i
- 6) execució i control judicial de la mesura.
- 7) el control jurisdiccional.

1) La **finalitat constitucionalment legítima** atén l'objecte de la mesura que ha de figurar en la norma habilitant i que ha d'acollir una finalitat acceptable segons els paràmetres constitucionals, com passa per exemple amb la necessitat d'investigar els delictes.

2) Segons l'anomenada **previsió normativa** qualsevol restricció de drets i llibertats fonamentals, per a ser legítima, ha d'estar prevista legalment en la mateixa Constitució o en una norma legal habilitant (dret a la llibertat⁸⁸, inviolabilitat del domicili⁸⁹, dret d'associació⁹⁰ i secret de les comunicacions⁹¹) o en la llei processal corresponent.

Aquesta categoria sol actuar com a autèntica pedra de toc en mesures noves relacionades amb noves tècniques investigadores a les quals l'ordenament processal penal s'ha d'anar adequant impeding buits legals, que malgrat la bona actuació general dels tribunals, provoquen inevitablement aplicacions desiguals i situacions d'inseguretat jurídica. No és difícil trobar exemples en els avenços tecnològics relacionats amb les comunicacions o els científics en matèria de sanitat o investigació mèdica, com la relativament recent regulació de les intervencions corporals per a la determinació del perfil d'ADN.⁹²

⁽⁸⁸⁾Articles 17.2 i 4 CE.

⁽⁸⁹⁾Article 18.2 CE.

⁽⁹⁰⁾Article 22.4 CE.

⁽⁹¹⁾Article 20.5 CE.

⁽⁹²⁾Article 326 LECrim, i DM 2008/615/JAI.

En l'àmbit europeu la complexitat de les comunicacions i la seva intervenció s'intenta abordar mitjançant un complex entramat legal en el qual destaca la Resolució del Consell de la Unió Europea de 17 de gener de 1995. Les intervencions corporals per a la determinació del perfil d'ADN constitueixen un altre exemple recurrent, regulat recentment a Espanya per mitjà de la modificació de l'article 363 LECrim.

3) D'acord amb la **jurisdiccionalitat**, la mesura l'ha d'adoptar un òrgan jurisdiccional i en el si d'un procés. Hi ha d'haver indicis racionals que els fets es van produir i a més aquestes sospites s'han de formalitzar en la resolució processal corresponent.

L'autorització judicial prèvia, plasmada en una resolució motivada que desgrani l'atenció a la proporcionalitat, és un requisit comú en la jurisprudència europea amb el Tribunal Europeu de Drets Humans⁹³ al capdavant.

(⁹³)STEDH de 25 de març de 1998 (cas Kopp) i de 30 de juliol de 1998 (cas Valenzuela).

4) Per la seva banda, l'**exigència de motivació suficient** de les resolucions judicials limitatives de drets fonamentals, a més de ser un deure general consagrat per a tot tipus de resolucions, assoleix més intensitat quan, com passa aquí, les mesures adoptades limiten un dret fonamental o una llibertat pública. Aquest requisit adquireix una rellevància especial quan la llei resulta especialment parca i s'ha de satisfer un buit legal.

5) Resultat favorable del **judici de proporcionalitat** centrat en la **idoneïtat, necessitat i proporcionalitat *stricto sensu***. La cadena de custòdia.

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

La **necessitat**, també anomenada *alternativa menys costosa*, que compara i sospesa la mesura restrictiva que es vol adoptar en relació amb altres de possibles, i condueix a adoptar la menys lesiva per als drets dels ciutadans (la llibertat provisional o la presó provisional, per exemple, o la vigilància al domicili o l'ordre de no absentar-se).

La **proporcionalitat en sentit estricte** s'aplica una vegada examinada la concurrència dels dos precedents i comporta la ponderació d'interessos segons la circumstància del cas concret, i es determina si el sacrifici dels drets individuals que comporta la restricció guarda una relació proporcional amb l'envergadura de l'interès estatal que es tracta de salvaguardar en casos de tensió entre la necessitat de limitar el dret a l'honor per a salvaguardar la llibertat d'expressió, o el dret a la informació en nom de l'interès de persecució penal.

6) L'**execució i control judicial** de la mesura implica la revisió de l'òrgan jurisdiccional en l'ordenació, desenvolupament i cessament de la intervenció. Aquest serà el cas, en la intervenció de les comunicacions, per exemple, en exigir-se que sigui el jutge mateix qui materialment escolti les cintes -sempre originals, no còpies- i seleccioni allò que és rellevant, i molt especialment quan hagi de decidir sobre la pròrroga de la intervenció o cessament de la mesura. També implica l'ordre de destruir la informació irrellevant o la necessitat de comunicar posteriorment la mesura a l'intervingut, encara que hagi resultat infructuosa, i el lliurament dels enregistraments originals una vegada complerta la seva finalitat, si bé aquests dos últims són objecte d'un debat doctrinal constant. O, en el cas de les intervencions corporals, que exigirà en molts casos la seva pràctica limitada a personal sanitari, en centres mèdics i conforme a la *lex artis* per a no provocar riscos per a la salut, ni implicar un tracte vexatori o degradant.

La **cadena de custòdia** és una condició que es refereix al fet que el control sobre la mesura no solament acabi en l'òrgan judicial, sinó que fins que s'incorpori al procés pel mitjà de prova adequat es preservi aquesta cadena de custòdia. Aquest és el cas per a acudir a la jurisprudència espanyola en el cas d'"existència de petjades o vestigis l'anàlisi biològica dels quals pugui contribuir a aclarir el fet investigat", i prescriure que el jutge adopti o ordeni a la policia judicial o al metge forense les mesures necessàries per a la seva recollida o custòdia i examen garantint-ne l'autenticitat i el respecte de la repetida cadena de custòdia.

7) El **control jurisdiccional** comporta la necessitat que aquest inclogui des de l'autorització i l'execució de la mesura fins a la salvaguarda efectiva de la cadena de custòdia, per preservar, justament, que la font de prova es pugui convertir en un mitjà de prova valorable en judici.

La concurrència o absència, total o parcial, d'alguns d'aquests pressupostos incideix, i molt, en l'existència de prova il·lícita, al marge que la categoria mateixa de prova il·lícita es reserva en la majoria d'ordenaments a la vulneració de drets fonamentals i no a la de qualsevol altre tipus de dret. Els diferents graus d'ineficàcia directa i indirecta s'articulen en els diferents ordenaments legals en atenció a la rellevància dels requisits l'incompliment dels quals s'al·legui, en un arc que va des de la nul·litat a la mera irregularitat, i es connecten com es veurà després amb la doctrina sobre la prova il·lícita.

Tot seguit es farà un breu resum dels aspectes més significatius de cadascuna d'aquestes mesures i ens centrarem en els aspectes menys procedimentals.

3.1. Entrada i escorcoll en lloc tancat

Encara que l'entrada i l'escorcoll⁹⁴ són en rigor dues diligències diverses que poden tenir un sentit diferent –l'entrada per a buscar algú o alguna cosa localitzat i l'escorcoll per a localitzar algú o alguna cosa– en la pràctica solen anar unides, i consisteixen a penetrar dins un recinte aïllat de l'exterior per a buscar i recollir fonts d'investigació o la persona del processat mateixa.

⁽⁹⁴⁾Article 545 a 572 LECrim.

En aquest punt s'ha de partir del dret previst en l'article 18 CE amb el tenor següent:

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

Una lectura d'aquest precepte constitucional, de l'article 553 LECrim i de l'àmplia jurisprudència que recau entorn d'aquesta diligència permet de distingir fins a **cinc casos que l'entrada en lloc tancat no constitueix delictes, ni necessita cap ordre judicial:**

1) Quan el titular consenteixi l'entrada i/o l'escorcoll en el seu domicili: per a això s'exigeix que l'autoritat que durà a terme la diligència sol·liciti el permís de manera expressa i formal; que ho presti persona capaç⁹⁵ de manera conscient i lliure, sigui de manera expressa, tàcita o presumpta⁹⁶, i sempre que qui consenti sigui el titular del domicili.

⁽⁹⁵⁾Article 566 LECrim.

⁽⁹⁶⁾Article 551 LECrim.

2) Quan hi hagi algun manament de presó contra una persona i s'intenti capturar-lo.

3) Quan algú sigui sorprès en delictes flagrant.

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.

En aquests casos cal afegir-hi, de manera excepcional, la possibilitat d'entrar i registrar sense autorització judicial durant els estats d'excepció i setge, d'acord amb l'article 13.2 a) LO/4 1981, d'1 de juny.

Fora d'aquests supòsits i amb diversos matisos segons si es tracta de domicilis o edificis o llocs públics, tota entrada i escorcoll haurà de reunir una sèrie de requisits:

1) Competència

La competència per a autoritzar l'entrada i escorcoll correspon per regla general a l'òrgan competent per a instruir la causa⁹⁷. Excepcionalment, la pot adoptar l'òrgan enjuiciador⁹⁸ o la policia, si concorren els pressupòsits d'urgència i excepció⁹⁹.

⁽⁹⁷⁾Article 18.2 CE.

⁽⁹⁸⁾Article 546 i 550 LECrim.

⁽⁹⁹⁾Article 553 LECrim; article 55.1 CE; articles 17, 32.3 i 34 LO 4/1981.

2) Formals

La resolució judicial, en raó del bé jurídic afectat, haurà d'adoptar la forma d'interlocutòria.

Si l'entrada fos en un edifici o lloc públic, no sempre és necessària l'autorització, moltes vegades n'hi ha prou amb el simple avís¹⁰⁰. Fins i tot pel que fa a la necessitat d'interlocutòria, a excepció del cas en què hi hagi causa pendent¹⁰¹, la jurisprudència admet que es practiqui sense autorització judicial.

⁽¹⁰⁰⁾Article 564 i 565 LECrim.

⁽¹⁰¹⁾Article 546, 564.II i 565 LECrim.

3) Temporals

Es practicarà de dia, excepte circumstància urgent¹⁰² i sempre que l'interessat presti el consentiment per a continuar de nit amb l'escorcoll que va començar de dia. Si no hi intervé, se suspendrà la diligència, i s'adoptaran les mesures dels articles 570 i 571 LECrim.

⁽¹⁰²⁾Article 546 i 550 LECrim.

Si es tracta d'edificis o llocs públics, es pot practicar de dia o de nit indistintament¹⁰³.

⁽¹⁰³⁾Article 546 LECrim.

4) De procediment

Pel que fa a aquests requisits, es distingeixen:

- **Objecte.** L'objecte de l'acte pot ser, segons el que s'ha dit, un edifici o lloc tancat o un domicili. Recentment el Tribunal Constitucional ha estès el concepte de domicili, i considera com a tal les habitacions d'hotel, encara que s'ocupin de manera temporal.

⁽¹⁰⁴⁾Article 554.4t. LECrim.

Als efectes d'entrada i registre, quan es tracta de persones jurídiques imputades, es considera domicili l'espai físic que constitueix el centre de direcció, tant si és el seu domicili social com un establiment dependent¹⁰⁴.

Concepte de domicili

L'ampliació del concepte de domicili per part del TC, ha inferit la declaració d'inconstitucionalitat de l'article 557 LECrim.

- **Pràctica.** La primera garantia és la *notificació* de la resolució que decreta la mesura. L'escorcoll es farà en presència de l'interessat o de la persona que legítimament el representi i, si no concorreguessin, en presència d'un individu de la seva família major d'edat o dos testimonis, que poden ser veïns, segons els articles 569.I, II i III de la LECrim.

Absència de l'interessat

Si l'interessat està detingut, la seva absència determina la nul·litat radical i irreparable de la diligència a efectes de prova preconstituïda (STS 29-2-96 i 8-5-96).

Haurà de ser-hi present el secretari del jutjat que va autoritzar la mesura o el del jutjat de guàrdia, tret que concorrin les circumstàncies excepcionals previstes en els articles 283 i 483 de la LOPJ i 128 i 129 del Reglament orgànic del cos de secretaris judicials, en els supòsits en què podrà ser substituït¹⁰⁵.

(105) Article 569.IV LECrim.

Les actuacions que es duguin a terme en execució de l'autorització d'entrada i escorcoll hauran de ser aquelles compreses en la interlocutòria judicial, i no podran anar més enllà excepte ampliació jurisdiccional expressa.

S'aixecarà acta del resultat de la diligència i de les seves incidències (hora, relació de l'actuat i del resultat, circumstàncies connexes). L'acta se signarà pels assistents.

3.1.1. Efectes probatoris o no de les diligències practicades

En la majoria de supòsits, la mesura en general i l'entrada i escorcoll, en aquest cas, cerca, a més de la investigació o comprovació d'un fet determinat, poder fixar un fet de manera incontestable, de manera que el que s'hagi obtingut per mitjà de la diligència pugui ser valorat com a prova preconstituïda. En definitiva, no solament es persegueix la comprovació d'un fet punible, sinó preconstituir la prova de manera que si es compleixen determinats requisits es pugui fixar a efectes probatoris¹⁰⁶, sense la preceptiva reproducció en la fase oral o d'enjudiciament.

(106) Doctrina general aplicable a totes les mesures restants limitatives de drets fonamentals.

Exemple

Un exemple de prova preconstituïda pot ser que hi hagi una quantitat determinada de droga en el domicili que per entrar-hi es va sol·licitar autorització.

Aquesta possibilitat, plenament acceptada per la jurisprudència mitjançant la via de l'article 730 de la LECrim, es condiona al compliment estricte dels requisits de l'activitat probatòria, de la qual se'n distingiran diversos **graus d'ineficàcia** segons aquells que es poguessin incomplir.

Si es tractés d'algun requisit consubstancial a la mesura –com el fet que hi hagi resolució judicial motivada– la seva absència determina la il·licitud d'aquella, ja que implica la vulneració d'un dret fonamental i d'aquí ve la prohibició de la seva valoració per l'ordenament, i fins i tot, per a un determinat sector de la Sala Segona del Tribunal Suprem, de tot el que derivi d'aquesta actuació per aplicació de la doctrina dels fruits de l'arbre enverinat¹⁰⁷. A partir d'aquí, s'estableix una gradació d'importància de cada requisit i l'abast de la ineficàcia conseqüent davant el seu incompliment, en un triple graó.

(107) Article 11.2 LOPJ.

Es distingeixen tres categories: prova prohibida, prova il·lita i prova irregular.

1) Exemplificant-ho amb la mesura que ens ocupa: la falta d'interlocutòria o la seva motivació suficient; la falta de presència de l'inculpat detingut; o d'interlocutòria que autoritza l'entrada en consideració a delictes distint, constitueixen un supòsit de prova **prohibida**, de manera que la nul·litat és radical en els seus efectes directes i indirectes¹⁰⁸.

(108) 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.

2) Mentre que l'absència de l'interessat no detingut és valorada com a prova prohibida per algunes resolucions¹⁰⁹, unes altres la consideren com a mera **prova il·lícita**¹¹⁰ 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 mitjans¹¹¹.

3) Finalment, el fet que no hi hagi la signatura en l'acta se sol interpretar com una simple **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 puguin tenir relació amb la causa", sota prevenció de multa i eventualment processament per desobediència a l'autoritat; tret que per la seva conducta qui es negui a això mereixi la qualificació legal d'encobridor o receptor¹¹².

Així mateix, la Llei d'enjudiciament criminal preveu la diligència d'entrada i escorcoll de llibres i papers, a la pràctica dels quals s'aplicarà el que hi ha disposat sobre entrada i escorcoll domiciliari¹¹³, amb les especialitats assenyalades en l'article 574 LECrim.

Si el llibre que és objecte de registre és el protocol d'un notari es procedirà segons el que es disposa en la Llei del notariat; si forma part del Registre de la Propietat s'acudirà a la Llei hipotecària; si forma part del Registre civil o mercantil, a les lleis corresponents¹¹⁴.

3.3. Intervenció de les comunicacions personals

La intervenció de les comunicacions personals¹¹⁵ representa una limitació del dret fonamental reconegut en l'article 18.3 CE, en l'article 8 CEDH i en l'article 17 PIDCP, on es garanteix el secret de les comunicacions, postals, telegràfiques i telefòniques.

(109) STS de 29 de febrer de 1996.

(110) STS de 20 de setembre de 1996.

(111) STS 15 de febrer i 29 d'abril de 1995.

Vegeu també

Podeu completar el que hem estudiat aquí amb el que s'ha exposat en el mòdul "El judici oral".

(112) Article 23.2, 296 i 197 CPM; i 451, 454, 556 i 298 CP.

(113) Article 576 LECrim.

(114) Article 578 LECrim.

(115) Article 579 a 588 LECrim.

3.3.1. Objecte

La garantia recau sobre la comunicació, no sobre el comunicat; això últim pot ser publicat per algun dels partícpis, tret que afecti el dret a la intimitat. El dret al secret de les comunicacions és, a més, simplement formal, de manera que opera amb absoluta independència del contingut d'aquest, encara que afecti qüestions privades o d'una altra índole.

Titularitat

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

3.3.2. Pressupòsits de la mesura

Previsió legal de la mesura amb suficient precisió

El mínim contingut normatiu d'aquesta mesura en la LECrim ha estat valorat com a insuficient per la doctrina constitucional¹¹⁶. Tot i això, sempre que l'ordre judicial reuneixi una sèrie de requisits, no s'entendrà vulnerat el dret al secret de les comunicacions.

⁽¹¹⁶⁾Per totes, STC 49/1999.

Resolució judicial motivada

S'ha d'adoptar per un òrgan jurisdiccional –generalment aquell que ha iniciat la instrucció– qui assenyalarà la mesura i els seus detalls per mitjà d'interlocutòria¹¹⁷.

⁽¹¹⁷⁾STC 181/1995 i la important interlocutòria del TS, de 18 de juny de 1992.

Proporcionalitat

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

- a) Que la mesura acordada pugui aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat).
- b) Que sigui necessària, ja que no hi ha cap altre mitjà més moderat per a arribar a la finalitat proposada amb una eficàcia semblant.
- c) Que la mesura respongui a un equilibri entre l'interès general que s'arriba i el perjudici que origina sobre altres béns en conflicte.

3.3.3. Execució i control judicial de la mesura

Finalment, l'efectivitat de la mesura exigeix un control judicial en l'ordenació, desenvolupament i cessament de la intervenció¹¹⁸.

⁽¹¹⁸⁾STS 18-4-1994.

Un aspecte important de la pràctica d'aquesta diligència és la necessitat que sigui el jutge qui materialment escolti les cintes que s'hagin gravat les converses –sempre les originals, mai les còpies– i seleccioni allò 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 haurà de ser el jutge qui assenyali el que, per irrellevant, ha de ser immediatament destruït. Són aspectes debatuts:

- La necessitat de comunicar *a posteriori* el fet que hi ha la mesura a l'intervingut, encara que hagi resultat infructuosa.
- L'obligació de lliurament dels enregistraments originals una vegada complerta la seva finalitat.

3.3.4. Intervenció de les comunicacions postals, telegràfiques i telefòniques

La "intervenció" en sentit estricte presenta la particularitat d'exigir la interrupció de la comunicació, impedint 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 es duu a terme.

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 delictes i el seu autor, sinó que la majoria de vegades es busca preconstituir una prova, que per la naturalesa dels fets sobre els quals versa, no es podrà 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:

- a) La investigació instructora, d'una banda.
- b) L'acumulació de fonts de prova d'utilitat en el futur judici oral, d'altra.

3.4. 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, a la intimitat personal¹¹⁹ i, en el de les intervencions corporals, al dret fonamental a la integritat física¹²⁰.



És al jutge a qui correspon escoltar els enregistraments i seleccionar allò que és més rellevant per a la investigació del fet delictiu.

⁽¹¹⁹⁾Article 18.1 CE.

⁽¹²⁰⁾Article 15 CE.

3.4.1. Objecte

a) Actuacions, denominades **inspeccions i escorcolls corporals** (entre els quals hi ha els electrocardiogrames, els exàmens ginecològics o les inspeccions anals) en els quals, 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 privadesa.

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

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

3.4.2. Pressupòsits

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

Previsió normativa (principi de legalitat)

A partir de les STC 207/1996 i 49/1999, al mateix temps que es requereix el legislador perquè cobreixi el buit legal per adoptar aquestes mesures, s'assenyala que malgrat aquest, la pràctica coactiva d'aquestes mesures resulta 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 encoratja la confiança en una prompta regulació general.

Jurisdiccionalitat

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

Aquesta primera idea es veu temperada en determinats supòsits en què la urgència, per exemple, autoritzi que el fiscal o la policia judicial se'ls reconegui competència per a autoritzar la mesura¹²¹. Això no obstant, la pràctica actual

⁽¹²¹⁾STC 234/1997; 70/2002 o 123/2002.

només autoritza determinades mesures com el requeriment per a la submissió a una prova radiològica davant de la sospita fundada de transport de droga al cos i sempre que concorri l'acord del sotmès a la prova¹²².

(122) STS, de 2 d'octubre i 5 de desembre de 2000; de 29 de gener, 9 de febrer o 5 de novembre de 2001, entre d'altres.

Proporcionalitat

S'inclouen aquí: a) el judici d'idoneïtat; b) que no hi hagi cap altre mitjà igualment o més adequat però menys lesiu, i c) proporcionalitat *strictu sensu*, és a dir, que se supera el judici en consideració al qual la mesura adoptada respon a un equilibri entre l'interès general assolit i la lesió produïda.

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

b) L'adequació serà donada, tant per la rellevància de la informació que s'obtingui per a la resolució del cas investigat, com perquè no s'obtingui un objectiu idèntic amb menys lesió amb cap altre mitjà.

c) Perquè la mesura adoptada guardi proporció entre la intromissió 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, com a delictes perseguits amb pena molt alta, sinó en consideració al bé jurídic protegit o l'alarma social que origini.

3.4.3. 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 d'aquesta, ni implicar un tracte vexatori o degradant¹²³.

(123) STC 7/1994 i 207/1996.

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

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

3.4.4. Efectivitat de la mesura

Tractant-se en la immensa majoria dels supòsits de diligències per a determinar l'existència del fets punibles i la participació de l'imputat, es tractarà de proves preconstituïdes, de manera que s'hauran d'haver practicat d'acord amb les exigències de contradicció i immediatesa, de manera que es podran incor-

porar al judici oral mitjançant la lectura de la seva documentació. En cas de no ser així, en el judici oral es procedirà 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 serà il·lícita i la informació que proporciona no podrà ser tinguda en compte ni es podrà reproduir amb 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 indirectes¹²⁴, o de si pot apreciar l'existència o inexistència de connexió d'antijuridicitat¹²⁵.

⁽¹²⁴⁾ Article 11.1 LOPJ.

⁽¹²⁵⁾ Vegeu l'apartat 3r. del mòdul "Fase intermèdia i judici oral".

3.5. Algunes mesures concretes

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

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

Pressupòsits

a) Previsió legal

Acollint finalment la crida al legislador ordinari per omplir la llacuna legal existent¹²⁶, la reforma del Codi penal de 25 de novembre de 2003 afegí un segon paràgraf a l'article 363 de la Llei d'enjudiciament criminal, incorporant la previsió legal que exigia el principi de legalitat formal, si bé referit estrictament al marc de les intervencions per determinar el perfil de l'ADN de l'imputat.

⁽¹²⁶⁾ STC 37/1989, FJ 7 i 207/1997, FJ 4, entre moltes altres.

Per mitjà de l'esmentada previsió legal s'habilita el jutge d'instrucció per acordar l'obtenció de mostres biològiques del sospitós, decidint la pràctica d'aquells actes d'inspecció, reconeixement o intervenció corporal que resultin adequats als principis de proporcionabilitat i raonabilitat.

b) Resolució judicial motivada

La resolució mitjançant la qual s'adopti la mesura ha de ser una resolució motivada, això és, 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.

c) Proporcionalitat

S'han de presentar raons acreditades que justifiquin la necessitat d'obtenció de mostres biològiques del sospitós, que resultin 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, en ordre 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 adoptarà o ordenarà 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.

La Llei orgànica 10/2007 regula la creació, l'ús i les mesures de protecció de la base de dades policial d'ADN.

3.5.2. Reconeixements mèdics, anàlisis de sang i exploracions ginecològiques

Reconeixements mèdics

Tenen el mateix contingut i finalitat dels escorcolls i són procedents davant del resultat infructuós d'aquells. Essent actes d'investigació de naturalesa pericial, integren l'atestat i, per tant, tenen el mateix valor probatori d'aquell¹²⁷. S'exigeix, en tot cas, consentiment exprés i lliure, si no hi ha la corresponent autorització judicial. Hi ha d'haver prou indicis en la conducta del subjecte passiu. La mesura ha de resultar imprescindible (que no hi hagi cap no altre mitjà), ser practicada per personal sanitari adequat i d'acord amb la *lex artis*¹²⁸.

⁽¹²⁷⁾ Article 297 LECrim; vegeu, als efectes de la falta de cobertura legal, les STC 37/1989 i 7/1994.

⁽¹²⁸⁾ STC 35/1996.

Anàlisis de sang i exploracions radiològiques

Les anàlisis de sang, com a mesura limitadora que és, exigirà una resolució judicial motivada, i també el consentiment del subjecte¹²⁹.

⁽¹²⁹⁾ STC 114/1984; 103/1985; i 241/1992, i STS de 21 de juny de 1994.

Les exploracions radiològiques, en la mesura que es considera que no afecten la intimitat de la persona, han originat una jurisprudència contradictòria, que en alguna resolució exigeix la prèvia resolució jurisdiccional¹³⁰, mentre que en una altra l'entén perfectament prescindible¹³¹.

⁽¹³⁰⁾ STS de 10 de juny de 1998.

⁽¹³¹⁾ STC 37/1989.

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

L'escorcoll

L'escorcoll suposa 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, assistint-hi només els qui l'efectuen, i sense que es provoquin postures ni situacions humiliants. La necessària presència d'advocat derivarà del fet de la prèvia detenció¹³² i de la urgència de la mesura, podent-hi renunciar l'escorcollat. Si no hi ha prèvia detenció, no caldrà.

⁽¹³²⁾Articles 17.3 CE i 118 i 520.5 i 6 LECrim.

Des del punt de vista dels seus *efectes processals*, el valor serà el que correspon a l'atestat (de denúncia), assolint valor probatori només per mitjà de la deposició testimonial corresponent en l'acte de la vista de qui va dur a terme la intervenció¹³³. No ha de constituir prova anticipada ni preconstituïda, per la qual cosa no hi pot haver lectura¹³⁴ ni la valoració com a prova documental¹³⁵.

⁽¹³³⁾Article 717 LECrim.

⁽¹³⁴⁾Ex article 730 LECrim.

⁽¹³⁵⁾Article 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 circulació d'automòbils¹³⁶. La diligència en qüestió consisteix en la comprovació de l'aire expirat per determinar la taxa d'alcohol en aquest per mitjà d'etilòmetres, i subsidiàriament, la constatació de la taxa d'alcohol en sang mitjançant alcoholímetres.

⁽¹³⁶⁾Article 379.2 CP.

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 anàlisi de sang, orina o la que estimi el personal facultatiu més adequat.

Si es tractés de la resta de substàncies esmentades en l'article 379.2 CP, s'hauran de dur a terme les anàlisis corresponents, sense perjudici de la resta de mesures (immobilització del vehicle, advertiment del possible contrast de resultats mitjançant anàlisi de sang).

Sobre la pràctica de la prova d'alcoholèmia, resulta il·lustrativa la Circular núm. 2/1986, de la fiscalia general de l'Estat.

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

La pràctica de la mesura no necessita les garanties que per al detingut fixa l'article 17.3 de la CE, ja que la situació de la persona sotmesa a la prova d'alcoholèmia no és equiparable a la situació del detingut¹³⁷.

(137)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 es manté un criteri semblant en la jurisprudència del TEDH (Sentència de 17 de desembre de 1966, "cas Saunders contra el Regne Unit") i la Comissió Europea de Drets Humans (assumpes 968/1961 i 8239/1978).

En el pla legislatiu intern, el **Codi penal de 1995** ha ampliat els termes obligatoris que existien anteriorment, de manera que en el vigent article 383 CP (redactat segons la Llei 15/2007, de 30 de novembre) es prescriu que el conductor requerit per l'agent de l'autoritat, si es negués a sotmetre's a aquest tipus de proves, serà castigat amb pena de presó de 6 mesos a un any.

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 instrumental tècnic especialitzat, posa sobre la taula les qüestions ja esmentades en l'apartat 2n d'aquest mòdul respecte a "diligències de valor incontestable" i "prova preconstituïda".

3.5.4. 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. Tanmateix, es pot convertir en acte d'investigació quan, arran d'aquesta, es detecta la comissió d'un delicte o es contribueix a identificar-ne l'autor.

El text legal esmentat cobreix el requisit de legalitat formal i material exigít per a limitar els drets fonamentals que es poguessin veure limitats, concretament, el dret a la intimitat, si es tracta d'enregistrament de llocs privats, o el dret a la pròpia imatge, en altres supòsits.

Les videocàmeres s'instal·len amb l'informe preceptiu d'una comissió presidida per un magistrat (art. 3.1), mitjançant resolució motivada (art. 3.4) contra la qual es pot recórrer administrativament (art. 11). Per motius d'urgència, es poden instal·lar càmeres mòbils, però se n'ha de donar compte al responsable provincial de les FCS en un termini de setanta-dues 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, haurà de ser remesa mitjançant el corresponent atestat i el suport original íntegre (art. 7.1).

Si l'enregistrament és d'un lloc privat, s'haurà de comptar amb 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, tindrà el simple valor de denúncia. Per a assolir eficàcia probatòria s'haurà d'incorporar al judici oral i propiciar la necessària contradicció, per exemple, per mitjà de la declaració dels agents que la van realitzar.

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

L'especial rellevància que assoleix el fet que les mesures citades poden violar un dret fonamental, origina la difícil qüestió de quan pot ser posada 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 abreujat. 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 del de l'aplicable al procediment abreujat.

Procés ordinari

En termes generals i en la mesura que no hi hagi un curs legal previst, s'assenyala l'alternativa següent: 1r.) la declaració d'il·licitud es farà 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 aquelles obtingudes indirectament; i 2n.) la font de prova amb aquesta il·licitud no ha d'arribar ni tan sols a incorporar-se al procés, cosa que al fet d'impedir que sigui tinguda en compte en la sentència, afegeix que no pugui originar cap perjudici en el jutjador.

Totes dues vies es poden articular per mitjà de tres mecanismes processals:

1) Apreciació judicial *ex officio*, en l'improbable supòsit en què el jutge detecti la il·licitud per si mateix, d'acord amb les actuacions que coneix directament. Aquesta apreciació es podrà realitzar en dos moments: a) en el moment de resoldre sobre l'admissió o inadmissió de les proves proposades, declarant-la impertinent en consideració a l'abast que a aquest significat atribueix la doctrina constitucional; o b) en qualsevol moment proce-

dimental ulterior (en primera instància o per via de recurs), suscitant-se el corresponent incident.

2) A instància de la part perjudicada per l'activitat il·lícita, cosa que es pot esdevenir mitjançant diferents tràmits processals, com a simple qüestió prèvia en l'ordinari per delictes greus, a falta de tràmit específic a l'efecte, atesa la impossibilitat d'aplicació analògica de l'article 786.2 LECrim en aquest procediment (STS 6 d'octubre de 1995).

3) Com a motiu d'impugnació de la sentència, per mitjà de recursos: a) apel·lació, en els supòsits en els quals hi pot haver aquest recurs, sempre que s'hagi anat denunciant en les successives oportunitats, per no incórrer en causa d'inadmissió (art. 44.1.a; i 50.1.b LOTC).

Finalment, és possible la seva denúncia indirecta, interessant el sobreseïment sempre que l'única font de prova de la culpabilitat sigui inutilitzable per il·legítimament obtinguda, en consideració a la interpretació de l'article 627 LECrim que va fer el Tribunal Constitucional en la seva STC 66/1989.

En el **procediment abreuït**, 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 i, entre d'altres possibles temes hi pot haver l'eventual vulneració d'algun dret fonamental.

El jutge o tribunal resoldrà en el mateix acte mitjançant resolució contra la qual no hi pot haver 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 esmenar-la, a deixar sense efecte una determinada diligència instructòria 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

4.1. Finalitat i pressupòsits

L'obtenció de la tutela judicial no resulta, generalment, immediata (i molt menys 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, després d'haver desenvolupat un procés, condueixin a una resolució que s'ha de fer efectiva. El temps, més dilatat o menys, però en tot cas ineludible, que es necessita per a arribar a aquest efecte 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.

El fonament específic de les mesures cautelars que s'adopten en el procés penal coincideix en allò substancial amb aquelles que s'adopten en l'àmbit civil: es vol combatre el perill en la demora que implica ineludiblement el desenvolupament del procés i assegurar l'execució de la resolució que hi recaigui. No obstant això, no deixa d'haver-hi 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 presència necessària de l'acusat en el judici.

4.1.1. Algun apunt específic sobre les mesures cautelars en el procés penal

Es pot afirmar que el fonament específic de les mesures cautelars que s'adopten en el procés penal és combatre el perill en la demora necessària perquè transcorri el procés, i així assegurar amb aquestes mesures el desenvolupament normal del procés, a més de l'eficàcia i l'execució de la resolució que hi recaigui.

Així, les mesures cautelars, ja no solament serviran, com en el procés civil, per a garantir l'execució de la sentència, sinó que, a més, hauran de tendir a assegurar que la sentència pugui recaure efectivament (i això proveint a la necessària presència de l'acusat en aquells casos que aquesta és indispensable per a la celebració del judici oral), que la sentència que recaigui respongui tant com sigui possible a la veritat material del que va ocórrer (per la qual

cosa és necessari impedir l'ocultació de proves i l'obstrucció de la instrucció) i, encara que més discutit, que la vulneració del dret que es pretén protegir no es perllongui durant el transcurs del procés.

Quan es tracti de la imputació d'una persona jurídica, com a mesures cautelars cal adoptar la clausura temporal dels locals o establiments, la suspensió de les activitats socials i la intervenció judicial per terminis que no excedeixin cinc anys. La intervenció pot afectar la totalitat de l'organització o limitar-se a alguna de les seves instal·lacions, seccions o unitats de negoci.¹³⁸

⁽¹³⁸⁾ Articles 33.7 CP i 544 quater LECrim.

4.1.2. L'absència d'una ordenació legal de mesures cautelars alternatives; el degoteig legislatiu (breu referència a l'ordre de protecció integral)

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 també l'ampliació de les previstes per la Llei d'enjudiciament criminal. Un elenc de mesures específiques i, en tot cas, adequades per a complir amb el principi d'idoneïtat i de proporcionalitat. Algunes s'han incorporat a textos normatius, com la Llei del menor, però restringit a aquest àmbit, entre altres raons per la preponderància del "superior interès del menor" de manera exclusiva en aquest tipus de procés; d'altres ho han fet circumscriuint la seva aplicació a l'anomenada violència de gènere. Resulta urgent, en qualsevol cas, emprendre una regulació que contingui les disposicions generals, les mesures a adoptar i altres garanties sense les quals la nostra ordenació processal penal pateix un important buit legal.

Exemple

Es tractaria, per exemple del fet d'haver de comparèixer de manera periòdica; l'obligació d'informar de desplaçaments o d'obtenir autorització; la retirada del passaport; l'arrest domiciliari; el confinament; l'ús de sistemes electrònics de localització permanent; les ordres d'allunyament i estranyament; la privació temporal del permís de conduir; la suspensió de pàtria potestat, tutela, guàrdia o custòdia; la suspensió d'ocupació o càrrec públic; la prohibició temporal de desenvolupar activitats professionals; o la retirada provisional de llicència d'armes.

Les modificacions de la Llei d'enjudiciament criminal han anat preveient 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 en ordre a garantir l'efectiva compareixença de qui ha estat posat en llibertat provisional (art. 530 *in fine* LECrim).

D'altres, com s'ha assenyalat, s'inclouen en la Llei del menor (l'internament en centre, la llibertat vigilada, prohibició d'aproximar-se o comunicar-se amb la víctima o amb els familiars o altres persones que determini el jutge, i la convivència amb una altra persona, família o grup educatiu (art. 28 LORRPM), si bé amb el caràcter específic ja esmentat.

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. contingudes en l'art. 544 bis LECrim, i la denominada "ordre de protecció integral" de l'art. 544 ter LECrim.

Es percep en conclusió la necessitat d'una ordenació legal general d'aquest rellevant àmbit, que incorpori tant unes regles amb el caràcter citat com la relació d'un catàleg no exhaustiu de les mesures que es pot adoptar, en consideració al concret aspecte que es persegueixi garantir.

L"acció de protecció integral" (breu menció)

Amb aquesta mesura es persegueix incorporar al nostre ordenament una acció integral i coordinada que uneixi el conjunt de mesures cautelars necessàries sobre l'agressor, és a dir, tant aquelles orientades a impedir la realització de nous actes violents, com les mesures protectores d'índole civil i social que evitin el desemparament de les víctimes i donin resposta a la seva situació d'especial vulnerabilitat.

A falta d'un cos legal on es reguli un estatut jurídic processal de la víctima, s'han anat succeint modificacions legals en diverses lleis que han cristallitzat, no en una norma d'aplicació general, sinó en una altra de més específica circumscrita en l'àmbit de la violència de gènere, la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, Llei de protecció contra la violència de gènere¹³⁹ (LOVG).

⁽¹³⁹⁾La Llei orgànica 14/1999, de 9 de juny, modificada per la Llei orgànica 15/2003, de 25 de novembre, de reforma del CP, en què s'estableix l'"ordre d'allunyament" per a les víctimes a què es refereix l'article 57 CP; la Llei orgànica 15/2003, de 25 de novembre, que reforma l'article 544 ter LECrim, que incorpora "l'ordre de protecció"; i la Llei orgànica 15/2003, de 25 de novembre, que preveu per primera vegada la PP com a protecció a les víctimes de la violència domèstica.

D'aquesta manera, en el sistema processal penal espanyol cal parlar de diversos tipus de protecció:

- 1) una protecció comuna o ordinària de la víctima de qualsevol delictes¹⁴⁰
- 2) una protecció específica per a les víctimes de violència domèstica¹⁴¹, i
- 3) una protecció "reforçada" per a les víctimes de violència de gènere¹⁴²

⁽¹⁴⁰⁾Articles 13 i 544 bis LECrim.

⁽¹⁴¹⁾Article 544 ter LECrim.

⁽¹⁴²⁾Circular de la Fiscalia General de l'Estat (CFGE), 4/2005.

Inicialment la violència domèstica incloïa la violència de gènere, com també la que es produeix sobre les persones grans (inclosa la que té lloc a les residències de la tercera edat), sobre menors, i la comesa per menors sobre ascendents i entre germans. La LOVG ha reduït de fet l'àmbit de la violència domèstica, en sostreure aquesta última del cercle de protecció de la violència domèstica per a tenir el seu propi àmbit.

Per *violència de gènere*, als efectes de la LOVG, s'ha d'entendre l'atac fet per homes sobre dones (cònjuges o excònjuges, o bé persones vinculades per una relació anàloga present o passada, amb convivència o sense). També es protegeixen els descendents quan s'hagi produït violència de gènere.

D'aquesta manera, la víctima de violència de gènere obté un arc de protecció integral: no judicial i judicial. D'acord amb al primer se li reconeixen els drets següents:

- A rebre informació completa i a un assessorament adequat, a càrrec d'institucions públiques.
- A rebre informació sobre la seva situació personal com a víctima d'un acte de violència de gènere, especialment si és una dona discapacitada.
- A l'assistència social integral, a càrrec d'institucions de les comunitats autònomes i de les corporacions locals, que es desglossa en:
 - dret a serveis socials d'atenció, d'emergència, de suport, d'acolliment i de recuperació integral en els termes explícits de l'article 19;
 - drets laborals i de prestacions de seguretat social; i
 - drets de caràcter econòmic, consistents en la possibilitat de percebre ajudes socials específiques o fins i tot prioritats per a accedir a un habitatge protegit.

I entre els drets judicials, les normes específiques d'assistència jurídica gratuïta, que atorguen una especial rapidesa en l'obtenció del benefici de l'advocat defensor gratuït. A aquests efectes resulta essencial la informació que ha de proporcionar la policia quan rebí la denúncia.

Descendent ja al plànol de la tutela penal, a l'empara del capítol IV, títol V, el jutge pot:

- acordar l'ordre de protecció a què es refereix l'article 544 ter LECrim¹⁴³;
- protegir la intimitat de la víctima, especialment les dades personals, i establir limitacions a la publicitat de les actuacions¹⁴⁴;
- acordar la sortida del domicili, l'allunyament o la suspensió de les comunicacions¹⁴⁵;
- la suspensió de la pàtria potestat o la custòdia dels menors¹⁴⁶;
- la suspensió del règim de visites¹⁴⁷; i

⁽¹⁴³⁾Article 62 LOVG.

⁽¹⁴⁴⁾Article 63 LOVG.

⁽¹⁴⁵⁾Art. 64 LOVG.

⁽¹⁴⁶⁾Article 65 LOVG.

⁽¹⁴⁷⁾Article 66 LOVG.

- la suspensió del dret a la tinença, transport i ús d'armes¹⁴⁸.

(148) Article 67 LOVG.

1) La legitimació per a sol·licitar les mesures

L'article 61.2 LOVG estableix que les mesures es poden sol·licitar d'ofici o a instància de les víctimes, dels fills o de les persones que convisquin amb elles o es trobin subjectes a la seva guarda o custòdia, del Ministeri Fiscal o de l'administració de la qual depenguin els serveis d'atenció a les víctimes o el seu acolliment.

2) La víctima com a part en l'Ordre de protecció integral (OPI)

Essent com és la mesura més freqüent i la que té una regulació més paradigmàtica, tot seguit examinarem la configuració del dret a ser part mitjançant la sol·licitud d'una ordre de protecció integral.

La legitimació per a sol·licitar una OPI s'atribueix:

- a la víctima,
- a la persona que hi tingui alguna de les relacions indicades en l'article 173.2 CP i
- al Ministeri Fiscal exclusivament.

També la pot sol·licitar l'"administració de la qual depenguin els serveis d'atenció a les víctimes o el seu acolliment".

Fins i tot se sosté que el jutge de guàrdia que coneix d'un procés per violència domèstica la pot adoptar *ex officio* si aprecia que hi ha "una situació objectiva de risc".

L'OPI es pot sol·licitar mitjançant un procediment senzill que s'inicia amb una sol·licitud a la policia o al jutge, a les oficines d'atenció a la víctima, als serveis socials o a les institucions assistencials dependents de les administracions públiques.

Rebuda la sol·licitud, el jutge convoca a una audiència urgent la víctima o el seu representant legal, el sol·licitant, l'agressor (assistit per un lletrat) i el Ministeri Fiscal (que pot intervenir per videoconferència, art. 306 LECrim).

La falta d'assistència de l'agressor o del seu advocat dóna lloc a conseqüències diverses. La Circular (CIR) 3/2003, de 30 de desembre, de la Fiscalia General de l'Estat (FGE) considera que si l'agressor ha estat citat i injustificadament no

assisteix, es poden adoptar les mesures. En canvi, si l'advocat no és present, tant si l'assistència és justificada com si no, s'ha de suspendre l'audiència, sense perjudici de designar un advocat d'ofici.

La CIR 4/2005, de 18 de juliol, FGE, sosté que quan les circumstàncies del cas no permetin esperar la celebració de l'audiència, o es prevegi que aquesta no se celebrarà en el termini de 72 hores, es poden adoptar les mesures de prohibició de residir en un lloc, barri, municipi, província o CA; prohibició d'acudir a determinats llocs; prohibició d'apropar-se; i prohibició de comunicar-se, que no requereixen la compareixença, com també les mesures de caràcter civil de l'article 158.4 CC.

Celebrada l'audiència, el jutge ha de decidir sobre la procedència de l'OPI mitjançant una interlocutòria motivada sobre el seu contingut i durada¹⁴⁹.

⁽¹⁴⁹⁾Article 61.2 LOVG.

Caracteritza aquesta mesura que pot incorporar mesures penals (ordre d'allunyament, prohibicions, etc.) i civils (atribució de l'ús i gaudi de l'habitatge familiar, determinació del règim de custòdia, de visites, etc.) i per descomptat només penals. El més discutit és si cal adoptar mesures civils sense dictar mesures penals.

L'OPI incorpora dues conseqüències de rellevància: la inscripció en el Registre Central per a la Protecció de les Víctimes de la Violència Domèstica, i el naixement del deure d'informar permanentment la víctima sobre la situació processal de l'imputat, com també de l'abast i la vigència de les mesures cautelars, singularment de la situació penitenciària de l'agressor, als efectes de la qual es donarà compte a l'administració penitenciària¹⁵⁰.

⁽¹⁵⁰⁾Article 544 ter 9 LECrim

L'incompliment de l'OPI és constitutiu del tipus penal de trencament previst en l'article 468 CP. Si l'incompliment implica, a més, una nova infracció de violència domèstica, és aplicable el subtipus agreujat dels articles 153 o 173 CP.

3) L'ordre d'allunyament i altres mesures

L'ordre d'allunyament acull tres possibilitats diferents:

- la prohibició de residir en un determinat lloc, barri, municipi, província o una altra entitat local o CA;
- la prohibició d'acudir a determinats llocs, etc.
- la prohibició de comunicar-se, amb la graduació precisa, amb determinades persones.

Aquesta mesura s'ha incorporat expressament en l'àmbit de la justícia de menors en la reforma de 2006¹⁵¹: prohibició comunicar-se amb la víctima o amb els familiars o altres persones que el jutge determini o d'aproximar-s'hi.

⁽¹⁵¹⁾Article 28.1 LORPM.

Entre les mesures civils, l'article 65 LOVG disposa que el jutge acordi la suspensió de la pàtria potestat o de la guarda i custòdia, com també la suspensió del règim de visites de l'inculpat als seus descendents¹⁵². Com a complement, l'article 544 ter, 7 LECrim assenyala que les mesures de caràcter civil només són procedents quan no han estat acordades prèviament per un tribunal civil i tenen una vigència de trenta dies després de la presentació de la demanda pel jutge civil. Ara bé, en violència de gènere, com que el jutge també coneix dels aspectes civils, és el mateix jutge de vigilància¹⁵³ qui ha de resoldre.

⁽¹⁵²⁾Article 66 LOVG.

⁽¹⁵³⁾Articles 771 i 772 LEC.

4.1.3. Pressupòsits d'adopció de les mesures cautelars

Tradicionalment se'n preveuen dos, que són definits de la manera següent:

a) Existència de *fumus boni iuris*, que consistirà en un judici de probabilitat sobre la responsabilitat penal i civil del subjecte sobre el qual recau la mesura.

b) Existència de *periculum in mora*, encaminat a garantir l'efectivitat del procés i de la sentència. Que hi pugui haver perill durant la durada del procés s'infereix de circumstàncies diverses, segons la naturalesa de la mesura:

- Si es tracta de **mesura patrimonial**, el perill en la demora es calcularà segons el risc d'insolvència o d'indisponibilitat d'alguna cosa específica (diners, la cosa que cal restituir, etc.).
- Mentre que en una mesura de **caràcter personal**, el *periculum in mora* s'infereix, bé del perill de fuga de l'imputat, bé de l'ocultació de fonts de prova, bé de manera excepcional, de la reiteració delictiva.

4.1.4. Característiques de les mesures cautelars

De les mesures cautelars se'n prediquen les següents:

- **Jurisdiccionalitat.** La mesura ha de ser adoptada per un òrgan dotat de jurisdicció, ja que és una manifestació més de la funció jurisdiccional (jutjar i fer executar allò jutjat).
- **Instrumentalitat.** Les mesures no es poden configurar com una finalitat en si mateixes, sinó com un simple instrument per a fer efectiu el procés i l'execució de la sentència que eventualment es dicti.

- **Idoneïtat.** Considerada per alguns més com a pressupòsit, representa l'adequació de la mesura a la situació jurídica cautelable. Expressat en uns altres termes, la mesura ha de ser idònia per a assegurar l'efectivitat de la tutela judicial que es pugués atorgar en la sentència. Es diu en aquest sentit que les mesures cautelars han de ser homogènies però no idèntiques.
- **Proporcionalitat.** Representa que si les mesures que es poden acordar són diverses, s'ha d'adoptar la menys perjudicial, aquella que impliqui un sacrifici menor dels drets de l'imputat, sempre que es garanteixi una efectivitat semblant.

4.2. Mesures cautelars personals

4.2.1. La citació

D'acord amb l'article 486 LECrim, la persona a qui s'imputi un acte punible haurà de ser citada només per a ser escoltada, llevat que la llei disposi el contrari, o que procedeixi la seva detenció.

En el cas de persona jurídica imputada, la citació s'ha de fer al domicili social de la persona jurídica, i s'ha de requerir l'entitat perquè procedeixi a la designació d'un representant i d'un advocat¹⁵⁴.

⁽¹⁵⁴⁾Article 119 LECrim.

Aquesta ordre de compareixença, si no s'al·lega causa justificada, esdevé ordre de detenció si així ho decreta l'òrgan jurisdiccional¹⁵⁵.

⁽¹⁵⁵⁾Article 487 LECrim.

4.2.2. La detenció (articles 489 a 501 LECrim)

La detenció és aquella privació de llibertat, prevista per la llei, que s'efectua per a posar a una persona a disposició judicial. Hi ha un dret fonamental a no ser detingut, a excepció dels supòsits previstos legalment.

Aquests supòsits són els enumerats en els articles 490 i 492 LECrim, en termes generals. Aquí cal afegir-n'hi alguns de dispersos en disposicions de diversa índole i que és impossible que els puguem reproduir aquí (en aplicació de la legislació sobre estrangeria, per exemple).

La detenció pot ser **comunicada o incomunicada**.

La diferència entre l'una i l'altra, més enllà de la diversa incidència en els drets de la persona, recau en la limitació més gran dels drets del detingut, ja que en el supòsit de la detenció incomunicada se suspensen els drets a comunicar la

seva detenció al consolat, si és estranger, o al familiar o persona que designi; a nomenar advocat de la seva elecció, i a entrevistar-se amb ell de manera reservada.

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 pot ser:

a) Detenció per particular, si concorren les circumstàncies de l'article 490 LECrim.

b) Detenció per autoritat o agent de la policia judicial, si concorren les circumstàncies de l'article 492 LECrim.

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

En tot cas hi ha d'haver una imputació, encara que no estigui formalment formulada. Si allò que se li ha imputat al subjecte és una falta, es procedeix a la detenció en l'únic supòsit que, si es concorre algun dels pressupòsits que ja s'han assenyalat, no hi hagués domicili conegut o no es prestés fiança quan comparegués¹⁵⁶.

⁽¹⁵⁶⁾Article 495 LECrim.

Durada de la mesura

El termini màxim de durada de la detenció és de setanta-dues hores¹⁵⁷, sense oblidar que ha de durar el mínim imprescindible per a l'aclariment dels fets¹⁵⁸.

⁽¹⁵⁷⁾Article 17 CE i 520 LECrim.

⁽¹⁵⁸⁾Vegeu STC 31/96.

Drets del detingut

Els drets del detingut es preveuen 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 s'aplica també a la persona enfront de la qual s'hagi decretat la presó provisional. A més d'aquests drets, el detingut es beneficia d'una doble garantia:

a) El procediment d'*habeas corpus*¹⁵⁹.

⁽¹⁵⁹⁾LO 6/1984, de 24 de maig.

b) La tipificació dels delictes contra la llibertat (detencions il·legals i segrests) en els articles 163 a 168 del CP.

4.2.3. La presó provisional

Tot seguit analitzarem 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 tendeixi a adoptar-se i només quan no resulti adequada es podrà acudir a la presó provisional. Així es reconeix en la mateixa exposició de motius de la Llei 13/2003, de 24 d'octubre, de reforma de la presó provisional:

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

Naturalesa i característiques de la presó provisional

La presó provisional representa la privació de llibertat d'un subjecte mitjançant el seu ingrés en un centre penitenciari mentre està 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 particulars perfils, en la mesura que incideix sobre el dret fonamental a la llibertat de moviments¹⁶⁰.

(160) Article 17 CE.

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

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

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:

a) Subjectiva

Que apareguin en la causa suficients motius per a creure responsable criminalment del delictes a la persona contra qui s'hagi de dictar interlocutòria de presó (art. 503.1.2n. LECrim);

b) Objectiva

Que consti en la causa l'existència d'un o diversos fets que presentin caràcters de delictes sancionats amb pena el màxim de la qual sigui igual o superior a dos anys de presó¹⁶¹.

⁽¹⁶¹⁾Article 503.1.1r. LECrim.

Si bé podria semblar que, tal com assenyala l'exposició de motius i constava en l'inicial Projecte de llei presentat a les Corts, es constituïa un marc mínim de penes privatives de llibertat en les quals no hi podia haver presó provisional, aquelles de fins a dos anys, la regulació final preveu quatre excepcions a aquesta pretesa regla general:

1) Que l'imputat tingui antecedents penals no cancel·lats ni susceptibles de cancel·lació, derivats de delictes dolós¹⁶²;

⁽¹⁶²⁾Article 503.1.1r. *in fine* LECrim.

2) que estimant-se 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 anteriors¹⁶³;

⁽¹⁶³⁾Article 503.1.3r.a) LECrim.

3) que es tracti d'evitar que l'imputat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima, especialment quan es tracti de les persones previstes en l'article 173 CP¹⁶⁴;

⁽¹⁶⁴⁾Article 503.1.3r. c) LECrim.

4) que buscant evitar la reiteració del delictes de què es tracti, dels antecedents i altres dades disponibles, es pugui inferir que l'imputat actua concertadament i organitzadament o amb habitualitat¹⁶⁵.

⁽¹⁶⁵⁾Article 503.2, *in fine* LECrim.

c) Teleològica: els fins constitucionalment legítims

La consecució d'aquests objectius constitueix el paràmetre que evita caure en l'automaticitat, vinculant la decisió sobre la presó provisional amb la pena prevista¹⁶⁶.

⁽¹⁶⁶⁾STC 47/2000.

D'acord amb la doctrina constitucional, la reforma recull que mitjançant la presó provisional es poden perseguir dos fins ordinaris (assegurar la presència de l'imputat quan es pugui inferir risc de fuga; o evitar l'ocultació, alteració o destrucció de les fonts de prova); i un altre d'excepcional (evitar la reiteració delictiva).

Supòsits de violència de gènere

Al costat d'aquests s'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 per mitjà de 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.

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

Destaca sobre això l'advertència legal per a no utilitzar la presó provisional quan la inferència del perill d'ocultació provingui de la falta de col·laboració de l'imputat o de les actuacions imputables al legítim ús del dret de defensa¹⁶⁷.

(167) Article 503.1.3r.b).II LECrim.

c) 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 (art. 503.1.3r.c) LECrim). 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 podrà acordar la presó provisional, si concorren els requisits establerts en els ordinals 1r. i 2n. de l'article 503.1 LECrim, per a evitar el risc que l'imputat cometí altres fets delictius.

També s'inclou aquí una excepció al límit mínim dels dos anys: quan es delinqueixi de forma organitzada o amb habitualitat¹⁶⁸.

(168) Article 503.2.III *in fine* LECrim.

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 seu apartat primer:

la presó provisional durarà el temps imprescindible per a assolir qualsevol dels fins previstos en els articles anteriors (els constitucionalment legítims) i mentre subsisteixin els motius que van justificar la seva 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 i b) el tipus de fi constitucionalment legítim de la mesura.

a) Quan la mesura es dicti per assegurar la presència de l'imputat, evitar que l'imputat actui contra béns jurídics de la víctima; o evitar la reiteració delictiva, tindrà una durada màxima d'un any si el delictes té pena assenyalada igual o inferior a tres anys. Si el delictes té assenyalada una pena superior a tres anys, la mesura podrà durar, com a màxim, dos anys¹⁶⁹.

(169) Article 504.2 LECrim.

b) Quan la presó provisional s'hagi acordat per 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 evitar el fi assenyalat. 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.

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

L'article 504 LECrim preveu dos tipus de pròrroques: a) quan s'hagi acordat per assegurar la presència de l'imputat, protegir béns jurídics de la víctima o evitar la reiteració delictiva; i b) quan s'hagi recorregut contra la sentència condemnatòria.

D'altra banda, atenent la doctrina del TEDH i del Tribunal Constitucional, s'exigeix, també a l'hora de prorrogar l'excepcional situació de privació de llibertat, dur a terme l'audiència en els termes que preveu l'article 505 LECrim, tal com es veurà després.

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 es tindrà en compte el temps que l'imputat hagi estat detingut o sotmès a presó provisional, sempre que es tracti de la mateixa causa.

D'altra banda, del càlcul es descomptarà el temps que la causa sofrís 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 aquells que poguessin constituir frau processal.

4) Llibertat per expirar el termini màxim: cauteles davant d'aquesta situació

Conseqüència immediata del transcurs del termini màxim per romandre en presó provisional en els termes assenyalats (terminis previstos legalment, més pròrroga, si escau) és la cessació en la situació excepcional de privació de llibertat, això és, la immediata posada en llibertat.

Aquesta circumstància, de cap manera desitjable, ja que representa enervar els efectes pels quals es va adoptar la mesura, es preveu a la llei prescrivint que quan la mesura de presó provisional acordada excedeixi de les dues tercers parts de la seva durada màxima, es comunicarà als òrgans de govern dels tribunals competents perquè prenguin les mesures necessàries per a accelerar el procés, que gaudirà de tramitació preferent a qualsevol altre¹⁷⁰.

(170) Article 504.6 LECrim.

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 motiu legítim a una crida judicial¹⁷¹.

(171) Article 504.4 LECrim.

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

1) Tribunal competent

Podran 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 causa¹⁷². La mateixa regla d'atribució de competència es preveu en l'article 505.1 LECrim.

(172) Article 502.1 LECrim.

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

El jutge a qui es posa a disposició el detingut ha de resoldre sobre la seva situació personal, tant si és aquell a qui correspon la seva instrucció¹⁷³ com si no ho és, i el detingut no pot ser posat a disposició del competent en el termini de setanta-dues hores¹⁷⁴. En aquest últim supòsit, una vegada que el jutge o tribunal de la causa rebi les diligències, sentirà l'imputat, assistit pel seu advocat, tan aviat com li sigui possible i dictarà la resolució que sigui procedent.

(173) Article 505.1 LECrim.

(174) Article 505.6 LECrim.

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 no¹⁷⁵.

(175) Article 505.1 i 2 *in fine* LECrim.

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

A aquesta se cita: a l'imputat, que haurà d'acudir assistit del lletrat que hagi nomenat o d'un altre designat d'ofici; al ministeri fiscal i a les altres parts que s'han personat.

La tendència assenyalada a consagrar l'adversarietat del sistema o, el que és el mateix, la posició del jutge com a tercer que resol imparcialment, condueix a la necessitat de subjectar tant la resolució de presó provisional com la de llibertat provisional amb fiança a la necessària instància d'alguna de les parts acusadores. D'aquí que s'assenyali que si cap de les parts no insta qualsevol d'aquestes resolucions, acordarà necessàriament la immediata posada en llibertat de l'imputat que estigués detingut¹⁷⁶.

(176) Article 505.4 *in fine* LECrim.

Pel que fa al desenvolupament de l'audiència, la simplicitat és la nota comuna, tenint present que la resolució és l'objectiu prioritari i únic. Aquesta nota condueix al fet que només es prevegi l'existència d'al·legacions i proposició i celebració de prova, si aquestes últimes es poden practicar en l'acte o en el termini que resta de les setanta-dues hores de què es disposava per a realitzar audiència.

Com a casos específics de la tramitació de l'audiència se'n preveuen dos: si es tracta del procediment de judici ràpid, l'audiència s'adequarà al que disposa l'article 789 LECrim, per remissió de l'article 505.1.II LECrim. Si es tracta de delictes a què s'aplica l'"ordre de protecció integral" de l'article 544 ter LECrim (delictes de l'article 173 CP) l'audiència es podrà substanciar simultàniament amb la prevista per a la presó provisional.

La celebració d'aquesta audiència s'exigeix, així mateix, quan es tracta de prorrogar la ja acordada. No és preceptiva, tanmateix, quan es tracta de la pròrroga després de sentència condemnatòria. Aquesta afirmació se sosté tant en el fet que l'article 504.2.II LECrim no estableix res a l'efecte, com en la jurisprudència constitucional, que considera salvada l'exigència amb l'escrit de preparació del recurs (STC 108/1997).

3) Resolució sobre la presó provisional

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

La interlocutòria serà notificada a l'imputat i als directament ofesos i perjudicats pel delicte, la seguretat dels quals es pugui veure afectada per la resolució¹⁷⁷.

(177) Article 506.3 LECrim.

4) Recursos contra l'adopció de la mesura

L'article 507.1 LECrim assenyala que contra les interlocutòries que decretin, prorroguin o deneguin la presó provisional o acordin la llibertat de l'imputat (amb o sense fiança) es podrà exercitar el recurs d'apel·lació en els termes previstos en l'article 766 LECrim, que gaudirà de 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 si ho fa pel que fa a dos extrems concrets: el contingut de la interlocutòria i derivat d'aquí, el recurs contra aquesta resolució.

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 contempla que la còpia que s'ha de notificar ometi aquelles qüestions imprescindibles per a preservar la finalitat del secret.

b) En la hipòtesi de declaració de secret del sumari, si al mateix temps de la interposició del recurs no s'havia notificat la interlocutòria en la seva totalitat, la possibilitat d'interposar recurs contra els aspectes desconeguts per aquesta circumstància condueix a permetre el recurs contra aquests 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 assenyala la necessitat d'unir 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, o que s'ocultin, alterin o destrueixin proves relacionades amb la seva comissió o que es cometin nous fets delictius i evitar que aquestes mateixes persones puguin actuar contra béns jurídics de la víctima.

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. Aquest últim termini només es pot prorrogar, una vegada, i pel mateix temps en el supòsit excepcional de delictes comès

per mitjà de persona integrada o relacionada amb bandes armades o individus terroristes o rebels (art. 384 bis CP) o si es tracta d'investigacions sobre delinqüència organitzada.

També es preveu que, aixecada la comunicació, aquesta s'adopti de nou, si concorren motius suficients i per un altre termini que no podrà excedir de tres dies (art. 509.2 *in fine* LECrim).

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 deixen 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 greu perill per a la seva salut.

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

Si el tractament s'ha de fer fora del domicili, el jutge autoritzarà la sortida amb la vigilància necessària¹⁷⁸.

(178) Article 508.1 *in fine* LECrim.

L'ingrés del drogoaddicte sotmès a 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 pogués frustrar el resultat d'aquest tractament.

El tractament s'ha d'haver iniciat amb posterioritat a la comissió dels fets que originen el procediment.

L'imputat internat no podrà sortir del centre sense autorització de l'òrgan judicial que va adoptar la mesura.

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

Abonament de condemna i indemnització de danys i perjudicis

Si el pres preventiu resulta condemnat, el temps que s'hagi vist privat de llibertat s'abonarà en la seva totalitat per al compliment de la pena o penes imposades en la causa, excepte quan hagi coincidit amb qualsevol privació de llibertat imposada al penat en una altra causa, que li hagi estat abonada o li sigui abonable en aquesta. En cap cas un mateix període de privació de llibertat pot ser abonat en més d'una causa.

Si, al contrari, resulta absolt o condemnat a 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, tindran dret a indemnització, els qui després d'haver sofert presó preventiva, siguin absolts per inexistència del fet imputat o per aquesta mateixa causa hagi estat dictada interlocutòria de sobreseïment lliure, sempre que se li hagin irrogat perjudicis.

Registre Central de Mesures Cautelars, Requisitòries i Sentències no Fermes

Les mesures cautelars de presó provisional, la seva durada màxima i la seva cessació entre altres, i també les altres mesures cautelars adoptades en el procés penal s'han d'inscriure en el Registre Central de Mesures Cautelars, Requisitòries i Sentències no Fermes, llevat que es tracti de mesures cautelars adoptades en procediments de violència domèstica o de gènere, cas en què s'han d'inscriure en el Registre Central per a la Protecció de les Víctimes de Violència Domèstica¹⁷⁹.

⁽¹⁷⁹⁾Vegeu Reial decret 95/2009, de 6 de febrer, pel qual es regula el Sistema de registres administratius de suport a l'Administració de justícia.

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 per mitjà de diversos mecanismes, únics o conjunts. Així, per exemple, la llibertat provisional es pot acordar amb o sense fiança i en tots dos casos es pot assenyalar l'obligació de comparèixer en dies acordats i per a assegurar aquesta última obligació es pot ordenar la retenció del passaport.

Atès 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 menys en el dret fonamental a la llibertat ambulatòria.

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, es decretarà la llibertat provisional, amb o sense fiança, d'acord amb el que s'assenyala en l'article 505 LECrim.

En aquest últim precepte es preveu la necessitat d'una audiència en termes idèntics als assenyalats per a l'adopció de la presó provisional¹⁸⁰.

⁽¹⁸⁰⁾Article 506 LECrim.

Es podria afirmar que els pressupòsits objectiu i subjectiu coincideixen parcialment amb els assenyalats per a la presó provisional en l'article 505.2 LECrim, en la mesura que el subjectiu és igual i l'objectiu consisteix en el fet que no concorrin els pressupòsits de la presó provisional.

S'exigirà 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 delictes perseguit superi els dos anys; també es podrà exigir la prestació de fiança quan, essent inferior la pena, així ho decideixi el jutge, en consideració a les circumstàncies personals de l'imputat i de la comissió del fet¹⁸¹.

(181) Articles 503.1.1r. i 529 LECrim.

La provisionalitat de la mesura

La situació de llibertat provisional, com la mateixa caució, manifesta el seu caràcter instrumental en la mateixa provisionalitat. Si les circumstàncies que configuren els seus pressupòsits varien, es poden modificar una i una altra al llarg de tot el transcurs del procés¹⁸².

(182) Article 539 LECrim.

En altres ocasions, el canvi es produeix per imperatiu legal, com succeeix amb el pas de la situació de presó a la llibertat provisional, una vegada s'han esgotat els terminis màxims de durada de la presó fixats en l'article 504 LECrim.

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

La resolució adoptarà, com en el supòsit de la presó provisional, la forma d'interlocutòria, és a dir, haurà d'estar motivada i tindrà 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 d'acordar la llibertat amb fiança de qui està en llibertat o agreujar les condicions de la llibertat provisional ja acordada substituint-la per llibertat provisional amb fiança, es requerirà que ho sol·liciti el ministeri fiscal o alguna part acusadora, resolent-se prèviament la celebració de l'audiència prevista en l'article 505 i que s'ha analitzat en estudiar la presó provisional.

D'altra banda, i igual que s'esdevenia respecte de la presó provisional, si es presenten els pressupòsits de l'article 503 LECrim, això és, de la presó provisional, el jutge o tribunal podrà dictar interlocutòria de reforma de la mesura cautelar, o fins i tot de presó, sense haver realitzat l'audiència, si bé l'haurà de convocar inexcusablement dins de les setanta-dues hores següents¹⁸³.

(183) Article 539.III i IV LECrim.

Contra la interlocutòria que decreta la llibertat provisional es pot recórrer mitjançant reforma i posterior apel·lació en un sol efecte, si va ser dictada pel jutge d'instrucció (art. 529.III) 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 de passaport

Tant si s'ha decretat la llibertat amb fiança com sense, es constituirà *apud acta* l'obligació de compareixer en els dies que s'assenyalin en la interlocutòria respectiva. Cada vegada que sigui citat pel jutge o tribunal que conegui de la causa tindrà idèntica obligació de compareixença¹⁸⁴.

(184) Article 530 LECrim.

Per a garantir el compliment de l'obligació de compareixença, es pot acordar motivadament la retenció del passaport¹⁸⁵.

(185) Article 530 *in fine* LECrim.

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

Per acabar, es pot fer referència a unes mesures de naturalesa cautelar o preventiva caracteritzades per comportar 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 conduir¹⁸⁶.

(186) Articles 41 a 44, 47.1, 55 a 57, tots del CP.

Això és el que succeeix, en primer terme, amb la suspensió de la funció o càrrec públic que s'haurà de decretar, en virtut de l'article 384 bis LECrim, respecte de les persones integrades o relacionades amb bandes armades que detinguin aquest càrrec o condició, mentre duri la situació de presó provisional.

I, sobretot, també forma part d'aquestes mesures, la privació cautelar del permís de conduir i del de circulació a la persona a qui s'han imputat fets delictius comesos amb motiu de la conducció de vehicles a motor o ciclomotors. L'execució de tal mesura es produeix recollint-lo materialment del poder de l'imputat i incorporant-lo a les interlocutòries, alhora que comunicant-lo a la Direcció Provincial de Trànsit que l'hagi expedit¹⁸⁷. Al costat d'aquesta mesura, aquest últim precepte preveu la intervenció del vehicle.

(187) Article 529 bis LECrim; també article 770.6a. LECrim.

Les "mesures d'allunyament" 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 determinat lloc, d'acudir a determinats llocs i la d'aproximar-se o comunicar-se amb determinades persones.

El mateix article estableix que, per a l'adopció d'aquestes mesures, es tindrà en compte la situació econòmica de l'inculpat i els requeriments de la seva salut, situació familiar i activitat laboral. S'atendrà especialment la possibilitat de continuïtat d'aquesta última, tant durant la vigència de la mesura com després del seu acabament.

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

4.3. Mesures cautelars reals

Tradicionalment, la Llei d'enjudiciament criminal preveu dues mesures de naturalesa estrictament patrimonial: la fiança i l'embargament. En l'actualitat, l'article 591 LECrim, reformat per la Llei 13/2009, de 3 de novembre, preveu la fiança, que pot ser personal, pignorativa o hipotecària, o mitjançant caució que es pot constituir en diners efectius, mitjançant aval solidari i pagador a primer requeriment emès per una entitat de crèdit o societat de garantia recíproca o qualsevol altre mitjà que, a parer del jutge o tribunal, garanteixi la disponibilitat immediata de la quantitat de què es tracti.

L'embargament es configura en la Llei d'enjudiciament criminal com una mesura subsidiària de la fiança, i consisteix, igual que en l'àmbit civil, en l'afecció provisional i anticipada de béns de l'imputat per al supòsit que la fiança no fos prestada. Són aplicables a l'embargament els art. 579 i seg. LECrim i, supletòriament, les normes de la Llei d'enjudiciament civil¹⁸⁸. Per això l'art. 615 LECrim, acord amb la reforma per la Llei 13/2009, de 3 de novembre, atribueix el secretari judicial decretar aquesta mesura.

⁽¹⁸⁸⁾Art. 614 LECrim.

Resum

El procés penal s'inicia, d'ofici o a instància de part, a partir de la constatació de l'existència d'uns fets que poden ser constitutius d'una infracció penal. A partir d'aquest moment, s'inicia una fase en la qual els òrgans oficials tenen el deure de practicar un seguit d'actuacions que tendeixen, d'una banda, a esbrinar els fets i el presumpte autor, i d'altra banda, a assegurar aquest últim.

Amb aquest objectiu, la LECrim preveu un seguit d'actuacions, en alguns casos preceptives i en d'altres amb caràcter facultatiu, que duu a terme l'òrgan judicial encarregat de la investigació.

El fet que s'encomani la direcció d'aquesta fase a un òrgan judicial respon, entre altres factors, al fet que en el transcurs de la mateixa cal adoptar decisions que poden incidir en l'esfera dels drets fonamentals.

Aquestes decisions poden ser de dos tipus: o bé diligències d'investigació o bé mesures cautelars. Les finalitats que es persegueixen amb les unes i les altres són diferents (en el primer cas es persegueix esbrinar el delicte i les seves circumstàncies, i en el segon assegurar el presumpte delinqüent), però en tots dos casos la manca d'una regulació legal adequada ha convertit la jurisprudència del Tribunal Constitucional en la font més important de coneixement del contingut i dels límits d'aquestes mesures.

Recentment, en matèria de mesures cautelars, el legislador ha regulat la presó provisional tot intentant adequar-la als requisits constitucionals posats de manifest, precisament, en la jurisprudència. Això no obstant, no significa que, al marge de la regulació d'aquesta concreta mesura, no manqui en el nostre ordenament jurídic una regulació més exhaustiva i completa de les mesures cautelars, que aposti clarament per les anomenades "mesures alternatives", és a dir, aquelles que incidint el mínim possible en l'esfera de la llibertat individual, siguin també capaces de satisfer les finalitats per a les quals són concebudes.

D'entre els principis informadors del procés penal que s'estudiaven en el primer mòdul, en aquesta matèria pren una importància singular el de proporcionalitat, en la mesura en què actua com un límit a l'actuació dels poders estatals i alhora com a garantia del justiciable.

Activitats

1. Establiu cinc diferències entre la denúncia i la querella.
2. En quins casos pot procedir un particular a la detenció d'una persona?
3. En quins casos la policia té el deure de detenir?
4. Expliqueu la intervenció de les diferents parts en la fase d'instrucció.
5. Quines són les finalitats de les mesures cautelars?

Exercicis d'autoavaluació

Qüestions breus

1. Citeu les finalitats principals de la fase d'instrucció.
2. Quins són els terminis de la presó provisional?
3. En quins casos es pot produir l'entrada i escorcoll en un lloc tancat sense que calgui ordre judicial?
4. Quin és l'objecte de la intervenció de les comunicacions personals?
5. Quines són les característiques de les mesures cautelars?

Desenvolupament d'un tema

1. Les diligències d'investigació que tenen com a objecte el cos humà (intervencions i inspeccions corporals). Tractament legislatiu i jurisprudencial.
2. La presó provisional: requisits constitucionals principals de la mesura.
3. La valoració de les diligències d'investigació limitatives de drets fonamentals.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

Qüestions breus

1. A grans trets, la fase d'instrucció persegueix tres finalitats diferents:
 - a) Esbrinar l'existència del delicte i el seu autor, i també la seva responsabilitat.
 - b) Preparar, si s'escau, el judici oral.
 - c) Assegurar i prevenir les conseqüències penals i civils del delicte.
2. Varien segons la pena, d'acord amb el que preveu l'article 504 LECrim.
3. En els casos següents:
 - a) Quan el titular presti el seu consentiment.
 - b) Quan algú és sorprès en delicte flagrant.
 - c) Quan una persona és perseguida immediatament per la policia judicial i es refugia en un lloc tancat o domicili.
 - d) Quan es persegueixen elements terroristes o rebels.
 - e) Excepcionalment, quan es declaren els estats d'alarma excepció o setge.
4. L'objecte de la diligència recau sobre les comunicacions personals. La garantia constitucional no recau sobre allò que es comunica sinó sobre les comunicacions. No és rellevant, en aquest sentit, la titularitat del mitjà emprat.
5. Les característiques de les mesures cautelars són:
 - a) Jurisdiccionalitat
 - b) Instrumentalitat.
 - c) Idoneïtat
 - d) Proporcionalitat.

Abreviatures

CE: Constitució espanyola.

CEDH: Conveni europeu de drets humans.

CP: Codi penal.

CPM: Codi penal militar.

LEC: Llei d'enjudiciament civil.

LECrim: Llei d'enjudiciament criminal.

LOPJ: Llei orgànica del poder judicial.

LORRPM: 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.

MF: ministeri fiscal.

PIDCP: Pacte internacional de drets civils i polítics.

RD: reial decret.

STC: sentència del Tribunal Constitucional.

STS: sentència del Tribunal Suprem.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Suprem.

Glossari

agent encobert *m* Aquell agent de la policia judicial que s'infiltra en una organització delictiva amb empara legal i autorització judicial.

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.

escorcoll *m* Diligències d'investigació que tenen com a objecte el cos humà però que no representen una intervenció en aquest. No comprometen el dret fonamental a la integritat física, però limiten el dret a la intimitat corporal.

sin.: inspecció corporal

fumus boni iuris *m* Pressupòsit 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 el qual hagi de recaure la mesura.

indagatòria *f* En sentit ampli és la declaració de l'imputat a l'inici de les investigacions. En sentit estricte és aquella declaració que es pren una vegada feta la imputació formal.

inspecció corporal *f* *Vegeu* escorcoll.

intervenció corporal *f* Aquella diligència d'investigació que consisteix en extreure del cos humà determinats elements, interns o externs o sotmetre'l a radiacions.

periculum in mora *m* Pressupòsit 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.

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.

sumari *m* Nom que rep la fase d'instrucció en el procediment ordinari per delictes greus.

Bibliografía

Arilla Platero, J. (2002). "Intervención corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre". Aranzadi.

Armenta Deu, T. (2003). *El nuevo procedimiento abreviado*. Madrid: MP.

Banacloche Palao, J. (1996). *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*. Madrid: McGraw-Hill.

Barona Vilar, S. (1995). "Valor probatorio de la diligencia de reconocimiento en rueda: doctrina constitucional". *Poder Judicial* (núm. 38).

Diversos autores (1993). "Medidas restrictivas de derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Judicial* (XII). Madrid.

Diversos autores (1998). "La instrucción del sumario y las diligencias previas". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid.

Muerza Esparza, J. J. "La reforma de la prisión provisional en marcha". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (núm. 567/2002).

