

# Les diligències d'investigació que incideixen en els drets fonamentals de l'inculpat

Pablo Llarena Conde

PID\_00191988



*Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>*

# Índex

<b>Introducció.....</b>	<b>5</b>
<b>1. L'escorcoll.....</b>	<b>7</b>
1.1. L' escorcoll personal .....	7
1.2. Les intervencions corporals .....	7
1.3. L'escorcoll d'immobles .....	11
1.3.1. Àmbit de protecció .....	11
1.3.2. Motivació judicial .....	12
1.3.3. Execució .....	13
1.3.4. Les troballes casuals .....	14
<b>2. Intervenció de comunicacions postals.....</b>	<b>15</b>
2.1. Àmbit de protecció .....	15
2.2. Execució .....	15
<b>3. Intervenció de telecomunicacions.....</b>	<b>17</b>
3.1. Àmbit de protecció .....	17
3.2. Durada .....	18
3.3. Execució .....	18
3.4. Troballes casuals .....	19
<b>Exercicis d'autoavaluació.....</b>	<b>21</b>
<b>Solucionari.....</b>	<b>23</b>



## Introducció

Moltes vegades, durant el procés penal cal acordar diligències d'investigació o mesures d'assegurament que incideixen en els drets fonamentals de les persones proclamats constitucionalment. L'adopció d'aquestes decisions s'ha d'ajustar a una sèrie de principis essencials, com ara:

1) El **principi de legalitat**, que imposa:

- a) Que la mesura limitativa del dret estigui contemplada en la llei.
- b) Que s'apliqui només en algun dels supòsits pels quals la llei ho autoritza.
- c) Que l'adopció de la restricció s'ajusti a més al règim o procediment establert pel legislador.

2) El **principi de proporcionalitat**, que exigeix el compliment de tres requisits concloents:

- a) La idoneïtat o adequació de la mesura per a la consecució de les finalitats que es volen assolir.
- b) La necessitat de la mesura, això és, que resulti imprescindible.
- c) La proporcionalitat de la ingerència en sentit estricte, això és, que el sacrifici dels interessos individuals que comporta la ingerència tingui una relació raonable amb la importància de l'interès estatal que es mira de salvaguardar.

3) Finalment, la **jurisdiccionalitat** de la mesura limitativa de drets fonamentals, que comporta que sigui acordada per l'autoritat judicial, excepte les excepcions previstes legalment (veg. la detenció), per la qual cosa s'ha de decretar en resolució motivada que exterioritzi de manera reforçada el judici de proporcionalitat de la mesura (STC 33/1999 i 236/1999).



## 1. L'escorcoll

### 1.1. L'escorcoll personal

Més enllà de l'inconcret article 399 de la LECr, la nostra antiquada llei processal no regula l'escorcoll personal. En tot cas, fruit de la doctrina jurisprudencial es poden destacar una sèrie de qüestions:

- Malgrat comportar una limitació temporal de la llibertat deambulatòria de l'afectat, el caràcter provisionalíssim que té fa que no li sigui aplicable el règim de garanties previst per a l'arrest<sup>1</sup>.
- No obstant això, la licitud es basa en l'existència de sospites raonables o indicis racionals i suficients, sense que valgui la mera intuïció policial<sup>2</sup>.
- L'escorcoll s'ha de fer amb respecte al pudor i dignitat personal, amb ple respecte a la igualtat de sexe en qui l'executa, en un lloc reservat quan ho suggereixi la intensitat de l'escorcoll i evitant postures degradants o humiliants<sup>3</sup>.

<sup>(1)</sup> STS de 2 febrer de 1996, d'1 març de 1996, de 27 setembre de 1996, d'11 desembre de 1998.

<sup>(2)</sup> STS de 2 febrer de 1996 o de 6 octubre de 1999.

<sup>(3)</sup> STS de 26 d'abril de 2001.

### 1.2. Les intervencions corporals

Les intervencions corporals comporten una ingerència de més intensitat en el dret a la intimitat personal i corporal que un escorcoll del perímetre del cos o de la roba que el cobreix. A més, afecten el dret a la integritat física i moral de qui les ha d'experimentar i poden arribar a afectar el dret a la dignitat, el dret a la salut i també el dret a no declarar contra un mateix, a no confessar-se culpable i a la presumpció d'innocència. Per la intensitat d'afectació d'aquests drets, se sol distingir entre:

1) **Les inspeccions o escorcolls corporals**, consistents en qualsevol reconeixement del cos humà, sia per a la determinació de l'imputat (roda d'identificació, exàmens dactiloscòpics o antropomòrfics), sia per a l'acreditació de circumstàncies relatives al fet punible (és el cas d'exàmens ginecològics o les inspeccions anals o vaginals).

2) **Les intervencions corporals en sentit estricte**, és a dir, l'extracció del cos de determinats elements externs o interns per a sotmetre'ls a prova pericial (sang, orina, ungles, semen, biòpsies, etc.) o l'exposició de la persona a radia-

cions (rajos X, tomografies computades, etc.), i tot plegat per a esbrinar determinades circumstàncies relatives a la comissió del fet punible o relatives a la participació de l'imputat.

La doctrina gradua aquestes últimes intervencions en lleus o greus: tenen la consideració de lleus les que no siguin susceptibles de causar patiment o posar en risc la salut de qui les ha d'experimentar (extracció de sang, mostres d'orina, semen, cabells o ungles); en cas contrari tenen la consideració de greus, com és ara les punciones lumbar o l'extracció de líquid cefaloraquídi.

La regulació en la nostra LECr s'estableix sobre dos paràmetres:

**a) L'article 326.3, que preveu la recollida de mostres biològiques, sense intervenció corporal.** Parlem de mostres biològiques que poden aparèixer en llocs simptomàtics com el lloc del delict, o sobre el cos o sobre les pertinències del sospitós o de la víctima (sang, cabells, semen, fluids vaginals, etc.).

Per a aquesta recollida, la llei exigeix autorització judicial, excepte en els supòsits en què concorri un risc de desaparició; en aquest cas es permet l'actuació directa de la policia judicial en els termes expressats en l'article 282. Cal tenir en compte el que disposa l'article 326.3.

#### **Art. 326.3 LECr**

"Quan es posi de manifest l'existència d'emprentes o vestigis l'anàlisi biològica dels quals pugui contribuir a esclarir el fet investigat, el jutge d'instrucció ha d'adoptar o ordenar a la policia judicial o al metge forense que adopti les mesures necessàries perquè la recollida, la custòdia i l'examen d'aquelles mostres es faci en condicions que en garanteixin l'autenticitat, sens perjudici del que estableix l'article 282."

No obstant això, la jurisprudència<sup>4</sup> del nostre Tribunal Suprem té establert que la recollida de mostres practicada per la policia, sense urgència, i sense haver rebut l'ordre del jutge, encara que contrarii els articles 326 i 282 de la LECr, no és causa de nul·litat *per se* de la prova si amb això no es vulnera cap dret fonamental (art. 11 LOPJ). I per això, els dubtes sobre l'efectiva recollida de vestigis, sobre la regularitat de la cadena de mostres i altres circumstàncies queden suficientment provats segons el parer de la sala en atenció a les declaracions en el judici oral dels agents intervinents, i resulta injustificat atribuir el caràcter de nul·la a la prova, malgrat la irregularitat comesa.

Mereix una menció a part la presa indirecta de mostres, és a dir, la recollida de mostres biològiques no vinculades als fets, sinó pertanyents al sospitós, normalment per a fer un contrast amb altres recollides en el lloc del delict, sobre la víctima o en qualsevol altre lloc que permeti avaluar la participació en els fets del sospitós, sempre que les mostres es prenguin, no del cos, sinó d'alguna cosa extern al cos, però amb certesa de l'origen. Parlem de la recollida d'un esput llançat pel sospitós o del material genètic que ha deixat en una

<sup>(4)</sup>STS 1244/2001, de 25 de juny, 996/2000, de 30 de maig; 899/2001, de 16 de maig, de 19 de juliol i de 13 d'octubre de 1993, de 24 de gener de 1995 i de 19 de juny de 1996.



burilla o un got que se sap amb certesa que ha utilitzat. Sobre aquest tema cal tenir en compte el que va recollir l'acord del ple no jurisdiccional de la sala segona del Tribunal Suprem amb data 31 de gener de 2006.

“La policia judicial pot recollir restes genètiques o mostres biològiques abandonades pel sospitós sense necessitat d'autorització judicial.”

Aquest acord s'ha plasmat en nombroses sentències<sup>5</sup>.

<sup>(5)</sup>STS 179/2006, de 4 de febrer, i 355/2006, de 20 de març.

**b) Recollida de mostres biològiques amb intervenció corporal del sospitós.** Òbviament, aquesta recollida resulta possible quan es té l'autorització de l'inculpat. En tot cas, sempre amb una sèrie de consideracions:

- El consentiment ha de ser exprés, lliure i no viciat (STC 234/97).
- La citació judicial a l'interessat per a recaptar-li el consentiment voluntari no exigeix la forma d'interlocutòria, sinó que n'hi ha prou que sigui citat per providència (STS 21/1996, de 7 de març).
- Si bé tradicionalment no s'ha exigint l'autorització amb presència del lletrat, excepte en supòsits en què estigués detingut, el fet que ara s'exigeixi assistència lletrada a tot inculpat planteja el dubte de la modificació del criteri jurisprudencial.
- La presa directa de mostres amb engany per a obtenir el consentiment (no la mostra) fa que el consentiment estigui viciat i que l'absència de bona fe condueixi a la nul·litat, d'acord amb l'article 11 de la LOPJ. Encara planteja més dubte la presa involuntària de mostres, amb engany de la finalitat impulsora (veg. oferiment d'un cigarret), de manera que hi ha sectors doctrinals que l'entenen legítima i n'hi ha que la consideren il·lícita quan es produeix en circumstàncies ineludibles per a l'inculpat (un got d'aigua en qui no la pot procurar d'una altra manera perquè està privat de llibertat).

Si no es té l'autorització voluntària de l'inculpat, el paràgraf 2 de l'article 363 faculta l'actuació per decisió judicial.

#### **Art. 363 LECr**

“Sempre que concorrin raons acreditades que ho justifiquin, el jutge d'instrucció pot disposar, en una resolució motivada, l'obtenció de mostres biològiques del sospitós que siguin indispensables per a determinar-ne el perfil d'ADN. Amb aquest fi, pot decidir la pràctica dels actes d'inspecció, reconeixement o intervenció corporal que siguin adequats als principis de proporcionalitat i raonabilitat.”

La mateixa redacció de la norma posa en evidència que no s'hi ha de sotmetre –de manera no voluntària– familiars del sospitós, encara que de la determinació del perfil d'ADN d'aquests familiars es puguin derivar indicis contra aquest sospitós. Tampoc no s'autoritza la prova –no voluntària– sobre grups de persones.

### **Anàlisis col·lectives de sospitosos**

A Alemanya, en un cas de violació i homicidi, es tenia l'esperma de l'autor i s'havia vist un Porsche 944 matriculat a Munic pels voltants del lloc del delictes. Aquesta realitat fàctica va determinar que se sol·licités la prova voluntària d'ADN a 750 homes propietaris d'un vehicle com aquest.

A Espanya sembla que el terme *sospitós* no inclou aquestes anàlisis col·lectives, i el fet que es faci voluntàriament no sembla que elimini les exigències de proporcionalitat i raonabilitat, encara més quan la negativa dels cridats a la prova pot tenir conseqüències o ser valorada.

No obstant això, aquest mateix judici de proporcionalitat pot portar a l'admissió d'imposar proves a grups de sospitosos, sempre que apareguin individualitzades característiques comunes que ceneixen les sospites en un determinat nombre de persones i facin l'actuació raonable.

D'altra banda, es planteja la qüestió de si és possible l'ús de la força física sobre el subjecte, per a sotmetre'l a la presa directa de mostres decretada judicialment. Si bé abans de la introducció d'aquest article en la LECr, doctrina i jurisprudència<sup>6</sup> estaven d'acord en la impossibilitat per una falta de previsió legislativa, després de la reforma legal és ben admissible, sempre amb paràmetres de proporcionalitat i raonabilitat marcada.

<sup>(6)</sup>STC 107/85 i STS 107/2003.

### **Anàlisi d'ADN**

Cal fixar-se en el fet que l'ús de la força és admès en la Recomanació 4 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre ús de les anàlisis d'ADN en el marc del sistema de justícia criminal, i en la mateixa ordenança processal penal alemanya, i se n'ha propugnat la inclusió en el nostre ordenament jurídic en la Sentència del TC 207/96.

La consideració contrària (que no és possible la utilització de la força, quan el sospitós s'oposi a col·laborar en l'execució de l'ordre del jutge) conduiria a fer que la negativa es pugui interpretar en contra del sospitós, tenint en compte que si guarda silenci –que és un dret fonamental– pot ser valorat com a absència d'explicació raonable a la pregunta<sup>7</sup>; amb més raó ho pot ser en aquest cas, en què la desatenció constitueix una desobediència a l'ordre legítima d'un jutge.

<sup>(7)</sup>STS de 4 d'octubre de 1994, de 29 de novembre de 1997 o de 4 de febrer de 2003, entre d'altres.

Cal tenir present que la jurisprudència del TC i el TEDH estableix que la presa de mostres d'anàlisis ordinàries, com l'extracció de sang, saliva o cabells, no afecten el nucli essencial del dret a la integritat física.

Respecte al dret a la dignitat de la persona i a no patir tractes degradants, les STC 37/8 i 57/94 van establir que no atempta contra la dignitat de la persona el reconeixement ginecològic d'una dona per a la investigació de la submissió a una pràctica abortiva o els escorcolls personals de reclusos en les cavitats naturals. Sí que s'ha considerat<sup>8</sup> que afecta el dret a la dignitat humana o a no patir tractes inhumans o degradants quan la mesura en si o la forma en què es practica presenta aspectes envilidors. La nul·litat exigeix –segons jurisprudència del TEDH– que es tracti d'actuacions que creïn en els individus sentiments de por, angoixa o inferioritat i que els humiliïn, envileixin o trenquin la resistència física i moral.

<sup>(8)</sup>STS d'1 de juny de 2001 –obligat a vomitar per a expulsar la droga–, d'1 de maig de 1996, de 26 de juny de 1998 o de 17 de febrer de 1999 –obligat a fer flexions per a expulsar la droga del recte.

Respecte al dret a la salut, mai una investigació penal no pot justificar una mesura que afecti negativament la salut d'una persona o la posi en risc (puncions cefaloraquídies).

### 1.3. L'escorcoll d'immobles

L'estudi de l'escorcoll d'immobles comporta l'anàlisi de diversos elements: l'àmbit de protecció, la motivació judicial, l'execució i les troballes casuals.

#### 1.3.1. Àmbit de protecció

L'article 18.2 de la CE estableix que el domicili és inviolable i que no s'hi pot fer cap entrada o escorcoll sense consentiment del titular o resolució judicial, excepte en cas de delictes flagrants.

S'exceptuen d'autorització judicial per a l'entrada, però no per a l'escorcoll (STS de 23 de febrer de 2001):

- Aquells supòsits en què sigui evident la necessitat d'intervenir de manera immediata per a evitar un delictes.
- En el cas de respostes a peticions d'auxili.
- En els supòsits quasi flagrants o de persecució d'un sospitós que es va introduir en habitatge aliè.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha inclòs dins del concepte de *domicili*, a l'efecte d'aplicació de la garantia constitucional d'invulnerabilitat:

a) El domicili del subjecte, que s'estén a totes les dependències que hi tenen comunicació interior (per exemple, un jardí). És indiferent que es tracti de l'habitatge principal o de segones residències com, per exemple, residències de cap de setmana o d'estiu.

b) Llocs destinats a habitació o habitatge, encara que no fos la destinació natural o originària (per exemple, una casa abandonada o en ruïna o un magatzem abandonat).

c) Les habitacions d'un hotel o pensió pel que fa al client o hoste que l'ocupa.

d) Una tenda de campanya.

e) Una rulot o caravana que és utilitzada com a alberg, durant un viatge o amb caràcter permanent, amb independència que estigui en moviment, o, fins i tot, un vaixell utilitzat com a domicili.

En relació amb el despatx de l'advocat, la STEDH<sup>9</sup> opta per una interpretació àmplia de les nocions *vida privada* i *domicili*.

<sup>(9)</sup>Cas *Niemietz contra la República Federal d'Alemanya*, de 16 desembre de 1992.

“No hi ha cap raó per a considerar la noció de *vida privada* com a excloent de les activitats professionals o comercials: al capdavant, és a la feina on la majoria de les persones tenen moltes ocasions, si no la majoria, per a desenvolupar les seves relacions amb el món exterior.”

Segons la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem, queden exclosos del concepte constitucional de *domicili* –i per a fer-ne l'escorcoll no cal, per tant, autorització judicial– els llocs que s'utilitzen simplement per a dipositar o guardar objectes, com ara les cotxeres, els garatges o els magatzems, en els quals no tenen lloc les activitats domèstiques (menjar, dormir, descansar, etc.) que constitueixen el contingut propi d'allò que la persona fa allunyada dels estranys que li puguin cohibir el comportament.

Queden exclosos, també:

a) Els locals comercials, excepte les zones contigües que puguin utilitzar com a habitatge o domicili els titulars del negoci.

b) Les cases o habitatges deshabitats.

c) Els vehicles o automòbils.

### 1.3.2. Motivació judicial

El Tribunal Suprem té establerta la nul·litat de l'autorització donada per l'inculpat quan aquest està detingut i l'autorització s'ha prestat sense presència del seu lletrat.

Per als supòsits d'autorització judicial, cal tenir en compte el que estableix el Tribunal Constitucional.

**STC 167/2002, de 18 setembre**

“El judici sobre la legitimitat constitucional de la mesura exigeix verificar si la decisió judicial va apreciar raonadament la connexió entre el subjecte o subjectes que s’havien de veure afectats per la mesura i el delictes investigat (existència del pressupòsit habilitant), per a analitzar després si el jutge va tenir en compte tant la gravetat de la intromissió com la idoneïtat o imprescindibilitat per a assegurar la defensa de l’interès públic, ja que la connexió entre la causa justificativa de la limitació pretesa –l’esbrinament del delictes– i el subjecte afectat per aquesta –aquell de qui es presumeix que pot resultar autor o partícip del delictes investigat o hi pot estar relacionat– és un *prius* lògic del judici de proporcionalitat.”

La resolució, doncs, ha de complir les exigències de proporcionalitat i justificació, i l’absència total d’una motivació sobre aquest tema comporta la vulneració del dret a la inviolabilitat domiciliària, de manera que els resultats obtinguts amb l’escorcoll s’han de qualificar de proves il·lícites.

**1.3.3. Execució**

Atesa la gran diversitat de les circumstàncies que es poden produir en l’entrada i escorcoll, no és requisit essencial que la notificació de la interlocutòria autoritzant precedeixi l’entrada. En alguns casos és factible complir aquest pressupòsit i en d’altres, com en els casos en què cal utilitzar l’auxili de la força, la cosa prioritària és aprofitar-se del factor sorpresa, sense perjudici que, una vegada feta l’entrada i practicades les actuacions necessàries per a portar a efecte la diligència, es notifiqui a l’interessat<sup>10</sup>.

(<sup>10</sup>) STS de 10 d’octubre de 2000.

En tot cas, la jurisprudència constitucional<sup>11</sup> afirma que l’absència de notificació de la interlocutòria d’autorització d’entrada i escorcoll no afecta el dret a un procés amb totes les garanties, ja que es tracta d’un requisit que es mou en l’àmbit de la legalitat ordinària, sense transcendència en l’àmbit constitucional, els efectes del qual es produeixen, si escau, en l’àmbit de la validesa i eficàcia dels mitjans de prova. En la mateixa línia es posiciona la STS de 2 d’octubre de 2000.

(<sup>11</sup>) STC 171/1999, de 27 setembre.

Sí que produeix, però, la nul·litat de l’escorcoll el fet que aquest s’executi en absència de l’interessat, si aquest està detingut i a la disposició de la força actuant<sup>12</sup>, tot i que aquesta regla general admet excepcions quan raons de força major facin impossible o molt difícil de fer complir la presència del detingut<sup>13</sup>.

(<sup>12</sup>) STS de 10 d’octubre de 1994, de 9 maig de 1995, de 30 maig de 1995, de 20 juny de 1997, de 27 octubre de 1999, de 29 novembre de 1999, de 6 juny de 2001, de 14 desembre de 2001.

(<sup>13</sup>) STS de 15 febrer de 1997 i de 19 de juny de 1999.

### 1.3.4. Les troballes casuals

En la interlocutòria que autoritza l'entrada i escorcoll, el jutge ha d'identificar el delictes o delictes que es volen investigar amb aquesta mesura. Això fa que ens plantegem la validesa de l'escorcoll respecte d'aquells efectes, indicis o proves que facin referència a una infracció penal diferent de la que havia motivat al principi la mesura. Això és el que es coneix com a **troballes casuals**.

#### Exemple de troballa casual

Un cas típic de troballa casual és quan l'escorcoll es va autoritzar per a confiscar drogues i es localitzen armes o evidències de falsedat documental.

La qüestió ha estat resolta pel Tribunal Suprem, i si bé al principi va defensar la necessitat de suspendre l'escorcoll i demanar al jutge una ampliació de l'espai objectiu d'investigació, avui dia manté majoritàriament la validesa d'aquestes troballes casuals si l'autorització inicial va reunir tots els requisits exigibles per a ser tinguda com a correcta. Així, doncs, entén que l'entrada al domicili va ser legítima i que totes les evidències que es trobin durant l'escorcoll són delictes flagrants, davant els quals la policia té l'obligació d'actuar. Aquesta consideració té el suport del Tribunal Constitucional<sup>14</sup>.

<sup>(14)</sup>STC 41/1998, de 24 febrer.

## 2. Intervenció de comunicacions postals

### Art. 18.3 CE

“Es garanteix el secret de les comunicacions i, especialment, de les postals, telegràfiques i telefòniques, excepte en cas de resolució judicial.”

Com tota mesura restrictiva de drets fonamentals, aquesta intervenció ha de ser presidida pels principis de legalitat, de judicialitat, proporcionalitat i motivació als quals es va fer referència inicialment.

### 2.1. Àmbit de protecció

Segons una doctrina jurisprudencial ben consolidada avui dia, el secret de les comunicacions postals, consagrat constitucionalment en l'article 18.3 de la CE, inclou, també, els paquets postals. Hi ha una equiparació jurisprudencial<sup>15</sup> entre correspondència postal i el paquet postal, de manera que cal l'autorització judicial per a la intervenció i obertura d'aquests últims, amb la sola excepció dels enviaments que tinguin etiqueta verda, subjectes segons la legislació internacional a control duaner d'ofici.

<sup>(15)</sup>STS de 19 novembre de 1994, de 23 desembre de 1994, de 15 març de 1995, de 3 juny de 1995, de 20 març de 1996, de 5 novembre de 1996, de 20 novembre de 1996, de 20 octubre de 1997, de 29 desembre de 1997, de 9 març de 1998, de 25 gener de 1999, de 8 març de 1999.

### 2.2. Execució

L'article 586 de la LECr estableix que l'obertura de la correspondència l'ha de fer l'autoritat judicial, en presència del ministeri públic. L'article 584 imposa també la presència de l'interessat, si bé es pot evitar amb la declaració de secret de les actuacions, en els termes expressats en l'article 302 de la LP.

El concepte d' *interessat* s'ha d'entendre no solament en el sentit d'aquell en contra de qui es dirigeixen les actuacions penals, sinó d'aquell la intimitat del qual es veu afectada per l'obertura de la correspondència; no obstant això, si no compareix malgrat haver estat citat o si no és localitzat o és falsa la identitat del destinatari o remitent, no hi ha res que impedeixi la realització de la diligència d'obertura, i deixar constància de les circumstàncies que determinen aquesta forma de procedir processal. Això és d'aquesta manera malgrat que l'article 585 de la LECr només parla de l'obertura en absència de l'interessat rebel o que renunciï al dret que té a ser present.

En tot cas, la no-presència de l'interessat perquè no ha estat citat, o perquè no se n'ha indagat l'existència i el parador, determina la nul·litat de la diligència i la il·licitud de les fonts probatòries obtingudes (STS de 7 d'abril de 1997).



### 3. Intervenció de telecomunicacions

Aquí s'entén per *telecomunicacions* les comunicacions telegràfiques i telefòniques segons la CE i la LECr.

#### 3.1. Àmbit de protecció

Des d'un punt de vista subjectiu, el secret es pot invocar davant qualsevol tercer que no participa en la comunicació amb independència del contingut d'aquesta, i queden fora de l'àmbit de protecció d'aquest dret els supòsits d'enregistraments de converses fets per un dels interlocutors participants (ST-CE 114/1984).

Cal fixar-se en el fet que el precepte legal autoritza la intercepció de les telecomunicacions de l'imputat o de qualsevol altra persona que pugui facilitar raonablement informació rellevant per a la determinació d'un fet punible. En tot cas, cal que hi hagi una dada objectiva que justifiqui l'oportunitat de la mesura i que s'ha d'exterioritzar en la decisió judicial habilitant, amb amenaça de nul·litat de l'actuació d'investigació. Respecte a la intervenció de comunicacions de persones no sospitoses de ser les responsables del delictes, les dades objectives s'han d'estendre a la indicació de la manera en què són utilitzades pels responsables com a instruments o mitjans de canalització de la informació (Manuel Miranda Estrampes).

Des d'una consideració objectiva, el secret inclou no solament el contingut de la conversa, amb independència de la naturalesa d'aquesta conversa, sinó el procés mateix de la comunicació, tenint en compte que el TEDH<sup>16</sup> va estendre el secret de les comunicacions telefòniques a la identitat subjectiva dels interlocutors, i amb això a les llistes de trucades corresponents a un determinat usuari.

<sup>(16)</sup> *Cas Malone contra el Regne Unit*, de 27 de setembre de 1983.

D'altra banda, cal tenir en compte el que afirma la STS de 8 de febrer de 1999, que anul·la en el cas enjudiciat les proves perquè van ser obtingudes per la policia interceptant amb un escàner les converses emeses per telèfons portàtils de titularitat particular, sense que s'hagués obtingut l'autorització judicial necessària.

#### STS de 8 febrer de 1999

“Estan sota tutela judicial, no solament la primitiva telefonia per fil, sinó també les modernes formes d'interconnexió per satèl·lit o qualsevol altre senyal de comunicació a través de les ones.”

### 3.2. Durada

Quan la decisió judicial ordena l'apoderament d'una concreta i singular comunicació escrita, és evident que no cal fixar cap termini de durada de la mesura restrictiva. No obstant això, en els casos de comunicacions telefòniques es requereix una prolongació temporal de la mesura per a aconseguir-ne els efectes, de manera que el jutge ha de fixar en la resolució judicial el termini màxim de durada de la mesura esmentada. L'article 579.3 de la LECr estableix una durada màxima de tres mesos, si bé s'admet la possibilitat de pròrroga pels mateixos períodes. Òbviament, la realització d'aquesta actuació d'investigació sense informar l'inculpat exigeix que es declari el secret de les actuacions en els termes de l'article 302 de la LP.

La proporcionalitat inclou la motivació del termini i de cadascuna de les pròrrogues, sense que hi hagi una limitació legal d'aquestes pròrrogues successives.

D'altra banda, cal fixar-se en el fet que el Tribunal Constitucional nega la possibilitat de pròrrogues automàtiques. En la Sentència 49/1999, de 5 abril, indica la impossibilitat que la pròrroga es fonamenti mitjançant una remissió tàcita o presumpta a la motivació inicial, i afegeix que la necessitat que hi hagi un control judicial del dret que es limita imposa com a mínim que el jutge conegui els resultats de la intervenció acordada al principi per a prorrogar o alçar, havent-ho vist i considerat, el mitjà d'investigació que s'utilitza.

### 3.3. Execució

El Tribunal Constitucional<sup>17</sup> exigeix la intervenció judicial per a garantir que només accedeixi a les actuacions el que sigui útil per a la investigació del delicte. Això dispensa de l'obligació de transcriure el contingut íntegre de totes les converses registrades, si bé s'han de posar a la disposició de les parts els enregistraments complets, per si l'exercici del dret de defensa suggereix –a impuls d'alguna de les parts personades– la conveniència d'incorporar la transcripció de qualsevol altra conversa que es pugui entendre conduent per a l'esclariment dels fets o actuar com a contraelement dels indicis existents.

<sup>(17)</sup>STCE 49/1999, de 5 abril.

De la mateixa manera, els enregistraments han d'estar a la disposició de les parts per a reproduir-los en l'acte del plenari si així ho proposen les parts. No obstant això, els enregistraments poden operar com a prova documental sense haver-ne de fer l'audiència i sense perjudici de la vertadera capacitat indicativa que tenen, si les parts manifesten en l'acte del plenari que entenen correcta la transcripció i que no en necessiten l'audiència per a tenir un coneixement perfecte del contingut. Aquesta admissió de les parts no comporta de cap ma-

nera que admetin que les converses les hagin mantingudes els acusats i no pas altres persones, extrem que exigeix una prova diferent i diferent del contingut de la conversa.

### 3.4. Troballes casuals

A diferència de les troballes casuals aconseguides en ocasió d'una entrada i escorcoll, el Tribunal Constitucional<sup>18</sup> manté que, si durant una intervenció telefònica autoritzada per a la investigació d'un delicte determinat es té coneixement d'un fet delictiu diferent, el descobriment inesperat s'ha de posar de seguida en coneixement de l'autoritat judicial que va autoritzar la intervenció inicial perquè valori si escau l'ampliació de la intervenció per a la investigació d'aquest nou fet delictiu.

<sup>(18)</sup>STC 49/1996 o 41/1998.



## Exercicis d'autoavaluació

1. La restricció de drets fonamentals se sotmet al principi de legalitat. Això comporta...

- a) que solament ho pot acordar el jutge.
- b) que solament és possible en els supòsits fixats en la llei.
- c) que no són possibles altres restriccions que les previstes pel legislador i en els casos fixats per la llei.
- d) que no són possibles altres restriccions que les previstes pel legislador i en els casos fixats per la llei, i que l'adopció d'aquestes restriccions és subjecta al procediment establert legalment.

2. La policia presencia una persona que lliura una cosa a una altra a canvi de diners. Detenen el presumpte venedor i el possible comprador. Aquest comprador –que s'havia introduït a la boca el que havia adquirit– s'empassa el contingut.

- a) Els agents poden demanar autorització judicial per a forçar-lo a vomitar el que ha ingerit.
- b) El poden obligar a vomitar amb subjecció al principi de proporcionalitat.
- c) Han de buscar un altre mitjà d'acreditar la naturalesa de l'objecte venut, ja que obligar el comprador a vomitar és contrari a la dignitat de la persona.
- d) Els fets no justifiquen una actuació policial.

3. La policia recull un got amb material genètic de l'inculpat, en ocasió d'una entrada i escorcoll al seu domicili. Volen fer proves de contrast amb les restes biològiques recollides en el lloc dels fets.

- a) La recollida del material biològic demana una autorització judicial expressa.
- b) Hi ha reconeixement jurisprudencial per a recollir policialment aquest material.
- c) No es pot recollir material genètic sense l'autorització de l'inculpat.
- d) Necessiten l'autorització de l'inculpat atorgada en presència del seu lletrat.

4. La policia fa una diligència d'entrada i escorcoll al domicili del detingut, sense autorització judicial.

- a) La diligència d'entrada i escorcoll domiciliària i sense autorització judicial és sempre nul·la.
- b) La diligència d'entrada i escorcoll la pot autoritzar l'inculpat.
- c) La diligència d'entrada i escorcoll necessita autorització del jutge que conegui dels fets.
- d) La diligència d'entrada i escorcoll és vàlida si l'inculpat va prestar el consentiment en presència del seu lletrat.

5. La policia fa un escorcoll en la taquilla tancada que l'inculpat té en els vestuaris de l'establiment comercial en què treballa.

- a) L'escorcoll només és vàlid amb autorització de l'inculpat o del jutge que conegui de la causa, ja que afecta un espai de desenvolupament de la intimitat.
- b) Els agents no necessiten autorització per a l'escorcoll, ja que se situa en un local comercial i no pas en un domicili.
- c) L'escorcoll només és vàlid si hi ha indicis seriosos i fermes que sigui responsable d'un delicte.
- d) L'escorcoll solament és procedent si la taquilla pertany a la persona sobre la qual recauen les sospites de comissió del delicte.

6. La policia acudeix al domicili del sospitós. Els atén la seva esposa i els autoritza que facin un escorcoll de la dependència.

- a) L'escorcoll no és vàlid, ja que, com que és un domicili, cal una autorització judicial.
- b) L'escorcoll no és vàlid, ja que cal una autorització de l'inculpat.
- c) Es pot fer l'escorcoll, però si apareixen evidències de delicte s'ha de demanar una interlocutòria autoritzant al jutge d'instrucció.
- d) L'escorcoll és vàlid si es té una autorització de qualsevol dels qui hi viuen.

7. El jutge ha autoritzat l'entrada i escorcoll del domicili de l'inculpat per buscar evidències de la seva responsabilitat com a presumpte autor d'un delicte contra la salut pública. En l'execució d'aquesta diligència troben un DNI fals i dues pistoles.

- a) L'inculpat no pot ser enjudiciat pels delictes de falsedat en document públic i tinença il·lícita d'armes si no apareixen noves proves incriminatòries.
- b) La policia ha de demanar al jutge una nova interlocutòria perquè autoritzi la investigació d'aquests nous delictes.

- c) Aquestes evidències només es poden utilitzar si durant l'escorcoll era present l'inculpat.
- d) Es tracta de troballes casuals, i aquestes evidències són vàlides, si bé el jutge ha d'ampliar l'objecte de les diligències prèvies als nous delictes evidenciats.

8. L'acusació presenta com a prova l'enregistrament d'una conversa telefònica entre l'acusador particular i el vostre client. L'enregistrament es va fer de manera furtiva, sense que el vostre client ho sabés, ni ho consentís.

- a) És vàlida, ja que prové d'un dels interlocutors.
- b) Com que afecta la intimitat, només és vàlida amb el consentiment de tots dos interlocutors.
- c) Com que afecta la intimitat, només és vàlida si té el consentiment de tots dos interlocutors o del jutge que coneix de la causa.
- d) L'enregistrament no val com a prova, però l'acusació particular –com a testimoni– en pot relatar el contingut, i depèn de la credibilitat que s'atorgui al testimoni el fet que es doni per provat el contingut de la conversa.

9. El jutge ha dictat una interlocutòria en què ordena la pròrroga d'una intervenció telefònica que es va acordar al principi per dos mesos.

- a) No és possible la pròrroga d'intervencions telefòniques més enllà de tres mesos.
- b) És possible la pròrroga sempre que el jutge, valorant el resultat de la intervenció anterior, motivi els indicis que justifiquen la prossecució de l'escolta.
- c) Només és vàlida si és d'un telèfon de l'inculpat.
- d) Només és vàlida si la policia demana –de manera justificada– la pròrroga de la intervenció.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. d

2. c

3. b

4. b

5. a

6. d

7. d

8. a

9. b

