

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

Pablo Llarena Conde

PID_00222487



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

Introducció	5
1. L'escorcoll	7
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	13
1.3.3. Execució	13
1.3.4. Les troballes casuals	14
2. Intervenció de comunicacions postals	15
2.1. Àmbit de protecció	15
2.2. Execució	16
2.3. Descobriments casuals	16
3. Intervenció de comunicacions telefòniques i telemàtiques, captació i gravació de comunicacions orals mitjançant la utilització de dispositius electrònics, la utilització de dispositius tècnics de seguiment, localització i captació de la imatge, el registre de dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació i els registres remots sobre equips informàtics	18
3.1. Exigències comunes en l'adopció d'aquestes diligències d'ingerència	18
3.2. Regulació específica de la intercepció de les comunicacions telefòniques i telemàtiques	19
3.3. Regulació específica per a la captació i la gravació de comunicacions orals mitjançant la utilització de dispositius electrònics	21
3.4. Utilització de dispositius tècnics de captació de la imatge, de seguiment i de localització	22
3.5. Registre de dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació	22
3.6. Registre remot d'equips informàtics (art. 588 <i>septies</i>)	23
3.7. Mesures d'assegurament	24
Exercicis d'autoavaluació	25
Solucionari	27

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 LECrim, 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'arrest¹.
- No obstant això, la licitud es basa en l'existència de sospites raonables o indicis racionals i suficients, sense que valgui la mera intuïció policial².
- 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 humiliants³.

⁽¹⁾SSTS de 2 febrer de 1996, d'1 març de 1996, de 27 setembre de 1996, d'11 desembre de 1998.

⁽²⁾SSTS de 2 febrer de 1996 o de 6 octubre de 1999.

⁽³⁾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 LECrim 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 pertinences 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 LECrim

"Quan es posi de manifest l'existència d'empremtes 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 jurisprudència⁴ 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 LECrim, 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

⁽⁴⁾SSTS 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 sentències⁵.

⁽⁵⁾SSTS 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 se 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 LECrim

“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.”

En el mateix sentit, i fent referència al detingut, l'article 520.6.c de la LE-Crim, en la redacció que en la LO 13/2015, disposa que l'assistència que presta l'advocat ha de consistir –entre altres aspectes– a informar el detingut de les conseqüències de la prestació o denegació de consentiment a la pràctica de diligències que se li sol·licitin. No obstant això, hi afegeix que:

«Si el detingut s'oposa a la recollida de les mostres mitjançant frotis bucal, d'acord amb les previsions de la Llei orgànica 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN, el jutge d'instrucció, a instància de la policia judicial o del Ministeri Fiscal, pot imposar l'execució forçosa d'aquesta diligència mitjançant el recurs a les mesures coactives mínimes indispensables, que han de ser proporcionades a les circumstàncies del cas i respectuoses amb la seva dignitat.»

La mateixa redacció de la norma posa en evidència que no s'hi podrà 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 LECrim, doctrina i jurisprudència⁶ 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.

⁽⁶⁾STC 107/1985 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 ab-

⁽⁷⁾ SSTs de 4 d'octubre de 1994, de 29 de novembre de 1997 o de 4 de febrer de 2003, entre d'altres.

sència d'explicació raonable a la pregunta⁷; amb més raó ho pot ser en aquest cas, en què la desatenció constitueix una desobediència a l'ordre legítima d'un jutge.

Cal tenir present que la jurisprudència del TC i el TEDH estableix que la presa de mostres d'analítiques 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 considerat⁸ 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.

⁽⁸⁾STS d'1 de juny de 2001 –obligat a vomitar per a expulsar la droga–, STSS 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 cefaloraquídiades).

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'inviolabilitat:

- 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 STEDH⁹ opta per una interpretació àmplia de les nocions *vida privada* i *domicili*.

⁽⁹⁾ *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 exclouent de les activitats professionals o comercials: al capdavall, 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 ser utilitzades 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'interessat¹⁰.

⁽¹⁰⁾ SSTS de 10 d'octubre de 2000.

En tot cas, la jurisprudència constitucional¹¹ 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.

⁽¹¹⁾ 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 actuant¹², tot i que aquesta regla general admet excepcions quan raons de força major facin impossible o molt difícil de fer complir la presència del detingut¹³.

(12) SSTS 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.

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**.

(13) SSTS de 15 febrer de 1997 i de 19 de juny de 1999.

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 Constitucional¹⁴.

(14) 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

L'article 579 de la LECrim (en la nova redacció que en fa la LO 13/2015), disposa que «el jutge pot acordar la detenció de la correspondència privada, postal i telegràfica, inclosos faxos, burofaxos i girs, que l'investigat remeti o rebí, i també la seva obertura o examen».

Els requisits que calen són:

- 1) Que hi hagi indicis que es poden obtenir per aquests mitjans el descobriment o la comprovació d'algun fet o circumstància rellevant per a la causa.
- 2) Que la investigació tingui per objecte algun dels delictes següents:
 - a) Delictes dolosos castigats amb una pena amb un límit màxim d'almenys tres anys de presó.
 - b) Delictes comesos en el si d'un grup o organització criminal
 - c) Delictes de terrorisme.

Segons doctrina jurisprudencial plenament consolidada, el secret de les comunicacions postals, consagrat constitucionalment en l'article 18.3 CE, comprenia també els paquets postals. Hi ha una equiparació jurisprudencial entre correspondència postal i paquet postal, per la qual cosa 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 (SSTS 19 novembre 1994, 23 desembre 1994, 15 març 1995, 3 juny 1995, 20 març 1996, 5 novembre 1996, 20 novembre 1996, 20 octubre 1997, 29 desembre 1997, 9 març 1998, 25 gener 1999, 8 març 1999).

La nova regulació legal, no obstant això, disposa ja expressament que no es requereix autorització judicial en els casos següents:

- Enviaments postals que, per les seves pròpies característiques externes, no siguin usualment utilitzats per contenir correspondència individual sinó per servir al transport i tràfic de mercaderies, o a l'exterior dels quals es faci constar el contingut.
- Les altres formes d'enviament de la correspondència sota el format legal de comunicació oberta, en les quals sigui obligatòria una declaració externa de contingut o que incorporin la indicació expressa que se n'autoritza la inspecció.
- Quan la inspecció es dugui a terme d'acord amb la normativa duanera o procedeixi d'acord amb les normes postals que regulen una determinada classe d'enviament.

2.2. Execució

L'article 586 de la LECrim 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 LECrim 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).

2.3. Descobriments casuals

Respecte de la utilització de la informació obtinguda en un procediment diferent o els anomenats descobriments casuals, l'article 579 bis de la LECrim disposa que el resultat de la detenció i obertura de la correspondència escrita i telegràfica es pot utilitzar com a mitjà d'investigació o prova en un altre procés penal, i hi afegeix que per a això s'ha de procedir a la deducció de testimoni dels particulars necessaris per acreditar la legitimitat de la ingerència (antece-

dents indispensables, la sol·licitud inicial per a l'adopció, la resolució judicial que l'acorda i totes les peticions i resolucions judicials de pròrroga recaigudes en el procediment d'origen) i caldrà l'autorització del jutge competent.

3. Intervenció de comunicacions telefòniques i telemàtiques, captació i gravació de comunicacions orals mitjançant la utilització de dispositius electrònics, la utilització de dispositius tècnics de seguiment, localització i captació de la imatge, el registre de dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació i els registres remots sobre equips informàtics

3.1. Exigències comunes en l'adopció d'aquestes diligències d'ingerència

Les mesures queden subjectes (art. 588 bis a) als principis següents:

1) El principi d'especialitat: que exigeix que una mesura es relacioni amb la investigació d'un delictes concret. No es poden autoritzar mesures d'investigació tecnològica que tinguin per objecte prevenir o descobrir delictes o aclarir sospites sense cap base objectiva.

2) El principi d'idoneïtat: el qual serveix per definir l'àmbit objectiu i subjectiu i la durada de la mesura en virtut de la seva utilitat.

3) Els principis d'excepcionalitat i necessitat, que estableixen que només es pot acordar la mesura:

a) Quan no estiguin a disposició de la investigació, en consideració a les seves característiques, altres mesures menys costoses per als drets fonamentals de l'investigat o encausat i igualment útils per a l'aclariment del fet.

b) Quan el descobriment o la comprovació del fet investigat, la determinació del seu autor o autors, l'esbrinament del seu parador, o la localització dels efectes del delictes resti greument dificultada sense el recurs a aquesta mesura.

4) El principi de proporcionalitat. L'article 588 bis.a) indica que només s'han de considerar proporcionades quan, tingudes en consideració totes les circumstàncies del cas, el sacrifici dels drets i interessos afectats no sigui superior al benefici que resulti de la seva adopció per a l'interès públic i de tercers.

Per a la ponderació dels interessos en conflicte, la valoració de l'interès públic s'ha de basar en la gravetat del fet, la seva transcendència social o l'àmbit tecnològic de producció, la intensitat dels indicis existents i la rellevància del resultat perseguit amb la restricció del dret.

D'altra banda, les mesures s'han d'adoptar judicialment (d'ofici o mitjançant escrit de part en què s'expressi la concurrència de cadascun dels principis rector). La mesura s'ha d'acordar pel temps indispensable per atendre la seva finalitat, sense perjudici de pròrrogues eventuais igualment fonamentades i motivades (art. 588 bis e) i 588 bis f)).

En tot cas, la decisió judicial ha de contenir els aspectes següents (art. 588 bis c) LECrim):

- 1) El fet punible objecte d'investigació i la seva qualificació jurídica, amb expressió dels indicis racionals en els quals fonamenta la mesura.
- 2) La identitat dels investigats i de qualsevol altra persona afectada per la mesura, si es coneixen.
- 3) L'extensió de la mesura d'ingerència, en què s'especifiqui el seu abast, i també la motivació relativa al compliment dels principis rector que estableix l'article 588 bis a).
- 4) La unitat investigadora de policia judicial que s'ha de fer càrrec de la intervenció.
- 5) La durada de la mesura.
- 6) La forma i la periodicitat amb la qual el sol·licitant ha d'informar el jutge sobre els resultats de la mesura.
- 7) La finalitat perseguida amb la mesura.
- 8) El subjecte obligat que ha de dur a terme la mesura, en cas que es conegui, amb menció expressa del deure de col·laboració i de guardar secret, si escau, sota l'advertència d'incórrer en un delicte de desobediència.

3.2. Regulació específica de la intercepció de les comunicacions telefòniques i telemàtiques

De conformitat amb els articles 588 ter b) i 588 ter c), es pot acordar la intervenció de les comunicacions telefòniques i telemàtiques de terminals o mitjans de comunicació que siguin utilitzats habitualment o ocasionalment per l'investigat, tant si n'és el titular com un usuari.

També es pot acordar la intervenció de terminals o mitjans de comunicació telemàtica de tercers, sempre que hi hagi constància que el subjecte investigat en fa ús per transmetre o rebre informació, i també quan el titular dels terminals o mitjans col·labori amb la persona investigada en les seves finalitats il·lícites o es beneficiï de la seva activitat.

Finalment, també es poden intervenir els terminals o mitjans de comunicació de la víctima quan sigui previsible un risc greu per a la seva vida o integritat.

Des d'una consideració objectiva, el secret inclou no solament el contingut de la conversa, independentment de la seva naturalesa, sinó el procés mateix de la comunicació, tenint en compte que el TEDH (cas Malone contra el Regne Unit, de 27 setembre 1983), va estendre el secret de les comunicacions telefòniques a la identitat subjectiva dels interlocutors, i d'aquesta manera a les llistes de trucades corresponents a un determinat usuari. Aquesta és la raó per la qual l'article 588 ter b) estén la seva previsió no solament al contingut de les comunicacions, sinó a les dades electròniques de trànsit o associades al procés de comunicació. S'entén que aquestes dades són totes les generades com a conseqüència de la conducció de la comunicació a través d'una xarxa, de la seva posada a disposició de l'usuari o de la prestació d'un servei de la societat de la informació o comunicació telemàtica de naturalesa anàloga.

Aquesta autorització judicial també es preveu per a l'accés a dades que constin en arxius automatitzats dels prestadors de serveis (art. 588 ter j)) i per a la identificació d'usuaris d'IP (art. 588 ter k)), però no per a la identificació de terminals mitjançant la captació de codis d'identificació de l'aparell (IMSI o IMEI) o per a la identificació de la titularitat de qualsevol terminal o dispositiu de connectivitat (588 ter i i ter m)), que es poden fer policialment.

Durada: La durada màxima és de tres mesos des de la data de l'autorització judicial, prorrogables per períodes successius de temps no superior a altres tres mesos, fins al termini màxim de divuit mesos.

Control: La policia judicial ha de posar a disposició del jutge, amb la periodicitat que aquest determini i en suports digitals diferents, la transcripció dels passatges que consideri d'interès i les gravacions íntegres efectuades. S'ha d'indicar l'origen i la destinació de cadascuna d'aquestes i s'ha d'assegurar, mitjançant un sistema de segellament o signatura electrònica avançat o sistema d'adveració suficientment fiable, l'autenticitat i integritat de la informació bolcada des de l'ordinador central als suports digitals en què les comunicacions s'hagin gravat (article 588 ter f)).

Accés de les parts a les gravacions: Alçat el secret i expirada la vigència de la mesura d'intervenció, cal lliurar a les parts una còpia de les gravacions i de les transcripcions efectuades.

Si a la gravació hi ha dades que es refereixen a aspectes de la vida íntima de les persones, només cal lliurar la gravació i transcripció de les parts que no s'hi refereixin. La no-inclusió de la totalitat de la gravació en la transcripció lliurada s'ha de fer constar de manera expressa.

Una vegada examinades les gravacions i en el termini que fixi el jutge, en consideració al volum de la informació que contenen els suports, qualsevol de les parts pot sol·licitar la inclusió en les còpies de les comunicacions que entengui rellevants i s'hagin exclòs. El jutge d'instrucció, un cop escoltades o examinades aquestes comunicacions, ha de decidir sobre la seva exclusió o incorporació a la causa.

El jutge d'instrucció ha de notificar a les persones intervinents en les comunicacions interceptades el fet de la pràctica de la ingerència i se'ls ha d'informar de les comunicacions concretes en què hagin participat que estiguin afectades, llevat que sigui impossible, exigeixi un esforç desproporcionat o pugui perjudicar investigacions futures (588 ter i).

3.3. Regulació específica per a la captació i la gravació de comunicacions orals mitjançant la utilització de dispositius electrònics

Es pot autoritzar la col·locació i utilització de dispositius electrònics que permetin la captació i gravació de les comunicacions orals directes que mantingui l'investigat, a la via pública o en un altre espai obert, al seu domicili o en qualsevol altre lloc tancat.

En el supòsit en què sigui necessària l'entrada al domicili o en algun dels espais destinats a l'exercici de la privacitat, caldrà que la resolució habilitadora estengui la seva motivació a la procedència de l'accés als llocs esmentats.

L'escolta i gravació de les converses privades es pot complementar amb l'obtenció d'imatges quan expressament ho autoritzi la resolució judicial que l'acordi (588 *quater* a).

Pressupòsits:

Només es pot autoritzar quan concorrin els requisits següents:

1) Que els fets que s'estiguin investigant siguin constitutius d'algun dels delictes següents:

a) Delictes dolosos castigats amb una pena amb un límit màxim d'almenys tres anys de presó.

b) Delictes comesos en el si d'un grup o organització criminal. Delictes de terrorisme.

2) Que es pugui preveure racionalment que la utilització dels dispositius permeti establir un pronòstic que aporti dades essencials i de rellevància probatòria per a l'aclariment dels fets i la identificació del seu autor.

Exigències: A més de les exigències que regula l'article 588 bis c) abans exposades, la interlocutòria judicial ha de contenir una menció concreta al lloc o les dependències, i també a les trobades de l'investigat que podran ser sotmeses a vigilància.

3.4. Utilització de dispositius tècnics de captació de la imatge, de seguiment i de localització

Captació d'imatge: La policia judicial pot obtenir i gravar per qualsevol mitjà tècnic imatges de la persona investigada quan estigui en un lloc o espai públic (la regulació en un espai privat s'ha vist anteriorment), si és necessari per facilitar la seva identificació, per localitzar els instruments o efectes del delictes o obtenir dades rellevants per a l'aclariment dels fets.

La mesura es pot portar a terme encara que afecti persones diferents de l'investigat, sempre que altrament es redueixi de manera rellevant la utilitat de la vigilància o hi hagi indicis fonamentats de la relació de les persones esmentades amb l'investigat i els fets objecte de la investigació (588 *quinquies a*)).

Utilització de dispositius de seguiment i localització: Quan concorrin raons de necessitat acreditades i la mesura sigui proporcionada, el jutge competent pot autoritzar la utilització de dispositius o mitjans tècnics de seguiment i localització, especificant-hi expressament el mitjà tècnic que s'utilitzarà.

No obstant això, quan concorrin raons d'urgència que facin témer raonablement que si no es col·loquen immediatament el dispositiu o mitjà tècnic de seguiment i localització es frustrarà la investigació, la policia judicial pot procedir a la seva col·locació, i n'ha de donar compte tan aviat com sigui possible, i en tot cas en el termini màxim de vint-i-quatre hores, a l'autoritat judicial, que pot ratificar la mesura adoptada o acordar el cessament immediat en el mateix termini. En aquest últim supòsit, la informació obtinguda a partir del dispositiu col·locat no té efectes en el procés (588 *quinquies b*)).

Durada: La mesura d'utilització de dispositius tècnics de seguiment i localització que preveu l'article anterior té una durada màxima de tres mesos a partir de la data de la seva autorització. Excepcionalment, el jutge pot acordar pròrrogues successives pel mateix termini o per un d'inferior fins a un màxim de divuit mesos.

3.5. Registre de dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació

Quan en ocasió de la pràctica d'un registre domiciliari sigui previsible l'aprehensió d'ordinadors, instruments de comunicació telefònica o telemàtica o dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació digital o l'accés a re-

positoris telemàtics de dades, la resolució del jutge d'instrucció ha d'estendre el seu raonament a la justificació, si escau, de les raons que legitimen l'accés dels agents facultats a la informació que contenen aquests dispositius.

S'ha de tenir en compte que la simple confiscació de qualsevol dels dispositius als quals es refereix l'apartat anterior, practicada durant el transcurs de la diligència de registre domiciliari, no legitima l'accés al seu contingut, sense perjudici que l'accés esmentat el pugui autoritzar ulteriorment el jutge competent.

D'altra banda, l'article 588 *sexies* b) precisa que l'autorització judicial d'accés a aquests bancs de dades és exigible també respecte d'ordinadors, instruments de comunicació o dispositius d'emmagatzematge massiu de dades que siguin confiscats fora d'un registre domiciliari.

Només en casos d'urgència (en què es pugui apreciar un interès constitucional legítim que faci imprescindible la mesura prevista), la policia judicial pot portar a terme l'examen directe de les dades que conté el dispositiu confiscat. En tot cas, amb l'obligació de comunicar-ho immediatament (i dins el termini màxim de vint-i-quatre hores) mitjançant un escrit motivat al jutge competent, en què s'han de fer constar les raons que van justificar l'adopció de la mesura, l'actuació feta, la manera com s'ha efectuat i el seu resultat. El jutge competent, també de manera motivada, ha de revocar o confirmar aquesta actuació en un termini màxim de 72 hores des que es va ordenar la mesura.

3.6. Registre remot d'equips informàtics (art. 588 *septies*)

El jutge competent pot autoritzar la utilització de dades d'identificació i codis (contrasenyes), i també la instal·lació d'un programari, que permetin examinar a distància (i sense coneixement del seu titular o usuari) qualsevol ordinador, dispositiu electrònic, sistema informàtic, instrument d'emmagatzematge massiu de dades informàtiques o base de dades.

La ingerència en el dret a la intimitat, mitjançant aquest mecanisme, es limita a la investigació d'algun dels delictes següents:

- Delictes comesos en el si d'organitzacions criminals.
- Delictes de terrorisme.
- Delictes comesos contra menors o persones amb capacitat modificada judicialment.
- Delictes contra la Constitució, de traïció i relatius a la defensa nacional.
- Delictes comesos a través d'instruments informàtics o de qualsevol altra tecnologia de la informació o la telecomunicació o servei de comunicació.

En tot cas, la resolució judicial ha d'especificar:

- Els instruments o sistemes objecte de la mesura.
- La manera com es procedirà a l'accés i la captura de les dades.
- Els agents autoritzats per l'execució de la mesura.
- L'autorització, si escau, per a la realització i conservació de còpies de les dades informàtiques.
- Les mesures necessàries per a la preservació de la integritat de les dades emmagatzemades.

Durada: La mesura té una durada màxima d'un mes, prorrogable per períodes iguals fins a un màxim de tres mesos.

3.7. Mesures d'assegurament

Òbviament no està sotmesa al principi de judicialitat. Implica la possibilitat que tenen el Ministeri Fiscal i la policia de requerir (ordenar) a qualsevol persona física o jurídica la conservació i protecció de dades o informacions concretes incloses en un sistema informàtic d'emmagatzematge que estiguin a la seva disposició, fins que s'obtingui l'autorització judicial corresponent per a la seva cessió d'acord amb el que disposen els articles precedents.

El requerit està obligat a conservar les dades durant un període màxim de noranta dies, prorrogable –s'ha de pressuposar que per igual requeriment policial o fiscal– una sola vegada fins que se n'autoritzi la cessió o es compleixin cent vuitanta dies.

El requerit està obligat a prestar la seva col·laboració i a guardar secret del desenvolupament d'aquesta diligència, i queda subjecte a la responsabilitat per desobediència.

Exercicis d'autoavaluació

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

- a) que només ho pot acordar el jutge.
- b) que només és possible en els supòsits fixats en la llei.
- c) que no són possibles altres restriccions fora de les previstes pel legislador i en els casos fixats per la llei.
- d) que no són possibles altres restriccions fora de 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 com una persona 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 per 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 realitza 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 només 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 al jutge d'instrucció una interlocutòria autoritzant.
- 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

