

cos del delictes, de la qual cosa també es desprèn que la policia està constitucionalment legitimada per generar actes de prova preconstituïda que permetran, en un futur desgraciadament no sempre immediat, que un tribunal fundi una sentència condemnatòria.

La prova preconstituïda és una prova documental, que pot practicar el jutge d'instrucció i el seu personal col·laborador (policia judicial i Ministeri Fiscal) sobre fets irrepetibles, que no poden, amb els mitjans de prova ordinaris, traslladar-se al moment de realització del judici oral. Per això, aquesta prova té un caràcter asseguratori dels indicis i les fonts de prova, que, sota determinades garanties formals —entre les quals destaca la de garantir la «possibilitat de contradicció»— en possibiliten la introducció en el judici oral, per mitjà de la lectura de documents (art. 730), com documents públics oficials suficients per fundar una sentència de condemna.

La competència originària per disposar d'aquests mitjans de prova correspon al jutge d'instrucció. Però la policia judicial, el Ministeri Fiscal i els jutges objectivament i territorialment incompetents també poden, a *prevenció*, efectuar-ne la pràctica. Per això, sempre serà necessari acreditar raons d'*urgència* que impedeixin que la prova preconstituïda sigui practicada pel jutge d'instrucció (STC 303/1993, STS 19 d'abril del 2005). I, en altres ocasions, però, si incideixen en drets fonamentals, amb el control judicial necessari també pot ser efectuada per la policia.

La prova preconstituïda es pot sistematitzar de la manera següent:

- a) Prova preconstituïda de les diligències policials de prevenció:
 - els mètodes alcoholimètrics
 - els enregistraments de videovigilància
 - les anàlisis d'estupefaents
 - les inspeccions corporals
- b) Prova preconstituïda de la policia judicial amb control judicial:
 - la circulació i el lliurament vigilat de drogues
 - les escoltes telefòniques
 - les intervencions de les dades electròniques de trànsit
 - la gestió de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN
- c) Prova preconstituïda del jutge d'instrucció:
 - la recollida i la conservació del cos del delictes
 - el reconeixement judicial
 - les inspeccions i les intervencions corporals
 - l'entrada i l'escorcoll
 - la intervenció de les comunicacions

2. LA PROVA PRECONSTITUÏDA DE LES DILIGÈNCIES POLICIALS DE PREVENCIÓ

Tal com s'ha indicat, els actes de prova preconstituïda que pot practicar la policia judicial o de què pot disposar el Ministeri Fiscal, en l'àmbit respectiu de

les diligències policials de prevenció o de les informatives, sempre per raons d'urgència que impossibilitin la intervenció de l'autoritat judicial i que, per tant, són suficients per desvirtuar la presumpció d'innocència, estan determinats en el nostre ordenament per la recollida urgent del cos del delicte (tal com reconeix l'art. 282, la diligència policial de recollida dels «efectes, instruments o proves del delicte de la desaparició dels quals hi hagi perill»), els mètodes alcoholimètrics, els enregistraments de videovigilància, les anàlisis d'estupefaents i les inspeccions corporals.

A aquesta relació encara cal incorporar-hi els supòsits d'entrada i escorcoll policials per causa de delicte flagrant.

2.1 ELS MÈTODES ALCOHOLIMÈTRICS

2.1.1 Concepte i regulació

Per mètodes alcoholimètrics s'han d'entendre els actes de prova preconstituïda, de caràcter pericial, que s'adopten en el curs d'una detenció o privació momentània de la llibertat deambulatòria i que, per mitjà d'un mesurament en l'alè o mitjançant una intervenció corporal de l'imputat, permeten determinar el grau d'alcohol ingerit.

La nostra antiquada LECr no tenia en compte, en absolut, aquests mètodes de mesurament de l'alcohol en el cos de l'imputat, la introducció dels quals al nostre país no ha seguit una tècnica legislativa depurada, sinó que va ser producte de la legislació reglamentària, lligada a la prevenció i la repressió de la delinqüència contra la seguretat del trànsit vial.¹

En l'actualitat, aquesta normativa ha estat derogada i substituïda per les disposicions compreses a la base 4a de la Llei 18/1989, de 25 de juliol, de bases sobre trànsit, circulació de vehicles a motor i seguretat vial, en l'art. 12.2 del text articulat, aprovat pel Reial decret legislatiu (RDL) 339/1990, de 2 de març, i en els art. 20 a 25 del Reglament general de circulació.² Així mateix, la regla 7a de l'art. 796, introduïda per la Llei 38/2002, ha atorgat, per mitjà de la seva inclusió en la LECr, carta de naturalesa processal a aquests mitjans que s'introdueixen per remissió a la legislació de seguretat vial:

La pràctica dels controls d'alcoholèmia s'ha d'ajustar al que estableix la legislació de seguretat vial. No obstant això, si es practica una anàlisi de sang o una altra d'anàloga, es requereix que el personal sanitari que la dugui a terme en trameti el resultat al jutjat de guàrdia pel mitjà més ràpid i, en tot cas, abans del dia i l'hora de la citació a què es refereixen les regles anteriors.

1. Reial decret 1967/1981, de 8 de maig, que va ser objecte de desenvolupament per l'OM de 29 de juliol del 1981.

2. RD 13/1992, de 17 de gener, modificat pels RD 1333/94, de 20 de juny, i 2282/1998, de 23 d'octubre, completat, en allò relatiu als aparells mesuradors d'aire expirat o etilòmetres, per l'Ordre de 27.7.1994.

D'acord amb la regulació esmentada, la policia de trànsit està autoritzada, en la forma que preveu la Circular 2/1986 de la Fiscalia General de l'Estat, a fer controls d'alcoholèmia als conductors i a convidar-los a sotmetre's a les proves alcoholimètriques, que poden ser de dues classes: de control de l'aire espirat i anàlisis sanguínies, d'orina o anàlogues. La submissió del conductor a les proves d'aire espirat constitueix una obligació, i la negativa es pot sancionar, en qualitat d'infraacció administrativa, com a falta greu, i justifica la retenció del vehicle (art. 65.4 i 70 RDL 339/90 i 25.2 i 26.2 RGC) i pot constituir delictes de desobediència (art. 380 en relació amb l'art. 556 CP). A petició de l'interessat o per ordre de l'autoritat judicial es poden repetir les proves per contrastar-les, fins i tot per mitjà d'anàlisis sanguínies, d'orina o d'altres anàlogues.

Les anàlisis sanguínies fetes en qualitat d'intervenció corporal lleu, l'APBU, de 31 d'octubre del 2006, les autoritza si l'imputat estigués inconscient a conseqüència de les lesions sofertes i existís una interlocutòria judicial prou motivada. Però, si faltés aquest consentiment, la policia no pot ordenar que es practiqui una prova alcoholimètrica sobre la sang dipositada en un hospital, ja que, segons la STC 206/2007, de 24 de setembre, infringiria el dret a la intimitat. Tot i així, aquesta doctrina pot entrar en plena contradicció amb la que s'inclou en la disposició addicional tercera en relació amb l'art. 3.1 de la LO 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors de l'ADN externs i interns al cos humà. Quant als primers, els pot recollir la policia sense autorització judicial, perquè sempre requereixen aquesta autorització «les inspeccions, els reconeixements o les intervencions corporals».

2.1.2 La seva incidència en la Constitució

Un dels aspectes més significatius d'aquests mètodes alcoholimètrics és la seva incidència prolix en la nostra llei fonamental, la qual cosa ha provocat molts recursos d'empara.³ En particular, poden afectar els drets fonamentals següents: dret a la llibertat (art. 17.1 CE), a la integritat física (art. 15 CE), a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable (art. 17.3 i 24.2 CE), i a la presumpció d'innocència (art. 24 CE).

De tot aquest catàleg de drets fonamentals, el TC explícitament només ha admès la possibilitat de vulneració de la *presumpció d'innocència*.

2.1.3 Mètodes alcoholimètrics i «prova prohibida»

En matèria de valoració de les proves alcoholimètriques, el TC ha mantingut dues doctrines contradictòries: segons una primera jurisprudència, el resultat d'a-

3. Cfr. SSTC 100/1985, de 30 d'octubre; 22/1988, de 18 de febrer; 89/1988, de 9 de maig; 160/1988, de 19 de setembre; 5/1989, de 19 de gener; 3/1990, de 15 de gener; 222/1991, de 25 de novembre; 252/1994, de 19 de setembre; 197/1995, de 21 de desembre; 153/1997, de 29 de setembre; 161/1997, de 20 d'octubre; 111/1999, de 14 de juny, 234/1999, de 18 de desembre; 296/2000, d'11 de desembre; 188/2002, de 14 d'octubre.

questa prova, en incardinar-se en un atestat policial ha de tenir les mateixes condicions que l'atestat i s'ha de considerar una *denúncia* —art. 297.1— que exigeix prova en el judici oral per mitjà d'una declaració testifical dels funcionaris de policia que han intervingut l'atestat en qüestió;⁴ d'acord amb la segona, que en el moment actual roman hegemònica en la jurisprudència constitucional, tenint en compte el caràcter *irrepetible* del resultat del test alcoholimètric, l'atestat policial en aquest extrem ha de gaudir dels efectes de la *prova preconstituïda*.⁵

Ara bé, perquè actes com aquests, a causa de la seva impossibilitat de reproducció en el judici oral, es puguin erigir en actes de *prova preconstituïda*, cal que es garanteixi la possibilitat de contradicció, per a la qual cosa els funcionaris de policia han de ser escrupolosos amb el *deure d'informació* a l'imputat de les conseqüències desfavorables de sotmetre's a aquestes proves i, de manera especial, del seu dret a sotmetre's a una anàlisi clínica d'extracció de sang. Si aquestes informacions s'ometessin, en la mesura que la prova s'obté mitjançant la vulneració del dret de defensa, s'ha de reputar com a *prohibida* i excloure la possibilitat de fonamentar una sentència condemnatòria (STC 111/1999, 29 de novembre de 1984). Però, si es complís aquesta obligació, el jutge penal pot atorgar a l'acte valor de prova i fundar una sentència de condemna.

Des d'un punt de vista material, finalment destaquem que «el delicte introduït per l'art. 379 CP no tan sols requereix la presència de determinada concentració alcohòlica, sinó que, a més, aquesta circumstància influeixi o es projecti en la conducció...» (STC 22/1988 i STS de 22 de febrer del 1991), de manera que no es pot condemnar amb l'únic resultat de la prova de l'alcoholèmia, sinó que també cal acreditar la influència de l'alcohol en el conductor (STC de 15 de novembre del 2006), per la qual cosa en l'atestat s'han de reflectir els *signes externs* de la influència etílica.

2.2 ELS ENREGISTRAMENTS DE VIDEOVIGILÀNCIA

La LO 4/1997, desenvolupada pel RD 596/1999, va introduir en el nostre ordenament la possibilitat que les forces i els cossos de seguretat de l'Estat, amb autorització administrativa prèvia, que requereix un informe preceptiu i vinculant de la

4. SSTC 31/1981, de 28 de juliol; 160/1988, de 19 setembre; 5/1989, de 19 de gener; 217/1989, de 21 de desembre; 3/1990, de 15 de gener; 222/1991, de 25 de novembre; 33/2000, de 14 de febrer; 188/2002, de 14 d'octubre; SSTS 26 d'abril, 1 de juny, 2 de setembre i 16 de novembre del 1982; 9 d'abril del 1985, 14 de juny del 1985; 1 d'octubre del 1986 i 14 de desembre del 1987; ATS 4 d'abril del 2001 —RJ 2001\8990—; SAP Sevilla 15 de desembre del 2003 —JUR 2004\67552—; SAP Àlaba 14 de gener del 2004 —RJ 2004\107025—; SAP València 16 de desembre del 2002 —JUR 2003\82512.

5. SSTC 100/1985, 30 d'octubre; 88/1988, de 9 de maig; 89/1988, de 9 de maig; 138/1992, de 13 d'octubre; 303/1993, de 25 d'octubre; 173/1997, de 14 d'octubre, en la qual, després de negar al test alcoholimètric el valor de denúncia, s'afirma que constitueix una prova «pericial i indiciària», la interlocutòria de 4 de juliol del 1988 en la qual s'atorga el valor de «prova pericial preconstituïda»; en el mateix sentit, les SSTC 161/1997, de 20 d'octubre; 173/1997, de 14 d'octubre; 234/1997 i 252/1994, de 19 de setembre; 24/1992, de 14 de febrer; 89/1988, de 9 de maig; 107/1985, de 7 d'octubre; 145/1985, de 28 d'octubre, i STS 21 de desembre del 1987; SSAP Orense 18 de febrer del 2003 —JUR 2003\124902— i 4 de juny del 2003 —JUR 2003\185274.

Comissió de Garanties de Videovigilància (un òrgan mixt, amb participació judicial i administrativa, que inclou l'art. 13 del RD 596/1999), puguin instal·lar càmeres de vídeo en llocs públics per garantir la seguretat ciutadana i prevenir la comissió de delictes.⁶

En relació amb la filmació de finestres d'edificis des dels quals els residents duïen a terme activitats delictives, l'autorització judicial sempre és necessària quan sigui imprescindible vèncer un obstacle que hagi estat predisposat per salvaguardar la intimitat, però, en canvi, no cal el *placet* judicial per veure el que el titular de l'habitatge no vol ocultar als altres.⁷

La utilització d'aquests sistemes de reproducció mecànica de la imatge i el so ha de ser respectuosa amb el principi de proporcionalitat,⁸ amb el dret a la intimitat i, en general, amb el que disposa la LO 1/1982 de protecció de l'honor, la intimitat i la imatge pròpia.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha estimat legítima i no vulneradora de drets fonamentals l'activitat de filmació d'escenes presumptament delictives, que succeïen en vies o espais públics, i ha considerat que es necessitava autorització judicial per a la captació clandestina d'imatges o de sons en domicilis o llocs privats.⁹

Fins i tot ha assenyalat que, si bé l'enregistrament periodístic d'un incident ocorregut en la via pública no pot ser objecte de control judicial en la seva execució, perquè té lloc de manera extraprocessal, tanmateix, no pot ser titllat de mitjà de prova afectat per vicis derivats de cap dret fonamental, en concret el dret a la intimitat, ja que l'enregistrament recull fets succeïts en l'àmbit públic. En conseqüència, reconeix validesa com a material susceptible d'aportar al jutjat coneixement d'allò realment esdevingut.¹⁰

En aquest cas, les imatges s'han pres de l'exterior de la casa dels denunciants, que dona a la via pública. Però és que, encara que s'haguessin pres de l'interior de la casa dels mateixos denunciants, que van haver d'adoptar mesures de videovigilància a causa dels múltiples danys que s'havien produït en el seu interior en dates pretèrites, tampoc no es vulneraria el dret a la intimitat del denunciat, que de manera il·legítima s'introdueix en el seu habitatge i els causa els danys que ja s'han descrit.¹¹

Si, com a resultat d'aquests enregistraments, es descobrís la comissió d'un delicte, s'incorporarà el suport magnètic corresponent a l'atestat i es trametrà al jutge de guàrdia en el termini de setanta-dues hores comptades des del moment de l'enregistrament (art. 7), i en aquest cas servirà per fundar o enrobustir la *notitia criminis*.

6. Articles 1 i 3 LO 4/1997; SSTS 6 de maig del 1993 —RJ 1993\3854—; 7 de febrer —RJ 1994\702—, 6 d'abril —RJ 1994\2889— i 21 de maig del 1994; 18 de desembre del 1995 —RJ 1995\9196—; 27 de febrer del 1996; 5 de maig del 1997 —RJ 1997\3628—; 17 de juliol del 1998 —RJ 1998\5843—; 15 de febrer del 1999 —RJ 1999\1166—; 23 de juliol del 1999 —RJ 1999\6684—; 14 d'octubre del 2002 —RJ 2002\10101.

7. SSTS 25 de novembre del 1996 —RJ 1996\8000—; 15 d'abril del 1997 —RJ 1997\2824—; 14 d'octubre del 2002 —RJ 2002\10101.

8. SAP Àlaba 31 de desembre del 2003 —ARP 2003\521.

9. STS 23 de juliol del 1999 —RJ 1999\6684— i SAP Las Palmas 18 de febrer del 2003 —RJ 2004\59885.

10. STS 19 de gener del 2005 —RJ 2005\1095.

11. SAP d'Àvila 5 de febrer del 2003 —JUR 2003\93543.

És dubtós que les cintes de vídeo, DVD o suports electrònics, que indubtablement constitueixen *actes d'investigació* de la policia judicial enquadrables dins de les activitats policials de prevenció, constitueixin supòsits de prova preconstituïda, a causa de la seva falta de regulació en la LECr, per la qual cosa la seva incorporació a l'atestat no exonerarà la policia, en principi, d'haver de declarar com a testimoni sobre el contingut i el procediment d'elaboració de la imatge.¹² Tanmateix, com que forma part de l'atestat, constitueixen un document públic oficial sobre el qual existeix la possibilitat d'examen d'ofici (art. 726).

En aquest sentit, la jurisprudència del TS ha atorgat naturalesa de *prova preconstituïda* a les cintes o els suports magnètics d'aquest tipus, enregistrades d'ofici per la mateixa policia o fins i tot per establiments privats (per exemple, enregistraments en oficines bancàries o comercials), sempre que l'enregistrament s'efectuï en les vies o els espais públics, i requereix autorització judicial quan es tracti de captació clandestina d'imatges o sons en domicilis o llocs privats.¹³

2.3 ANÀLISIS D'ESTUPEFAENTS

La policia judicial està legitimada, per raons d'urgència, a intervenir la droga amb caràcter de prova preconstituïda.¹⁴ Una qüestió diferent són les anàlisis d'estupefaents, que, per regla general, ha d'ordenar el jutge d'instrucció, que trametrà les substàncies a l'organisme oficial corresponent, normalment l'Institut de Toxicologia.

Però, dins de les actuacions de la policia judicial, la regla 6a de l'art. 796.1, introduïda per la Llei 38/2002, imposa la seva obligació de col·laborar o, fins i tot, de manera excepcional, practicar per si mateixa les anàlisis que calgui respecte a les substàncies intervingudes. Per fer-ho, aquest precepte disposa que la policia judicial:

...trametrà a l'Institut de Toxicologia, a l'Institut de Medicina Legal o al laboratori corresponent les substàncies confiscades l'anàlisi de les quals resulti pertinent. Aquestes entitats immediatament duran a terme l'anàlisi sol·licitada al jutjat de guàrdia pel mitjà més ràpid i, en tot cas, abans del dia i l'hora en què s'hagin citat les persones indicades en les regles anteriors. Si no fos possible la tramitació de l'anàlisi en el termini esmentat, la policia judicial podrà practicar per si mateixa l'anàlisi, sense perjudici del control judicial degut.

La tramesa directa de les substàncies confiscades als organismes pertinents l'ordena la norma de conformitat amb les atribucions que, tant la LECr (art. 282,

12. STS 1.665/2001, de 28 de setembre —RJ 2001/8514.

13. SSTS 6 de juny del 1993 —RJ 1993/3854—; 7 de febrer, 6 d'abril i 21 de maig del 1994 —RJ 1994/702, 2889 i 3943—; 18 de desembre del 1995 —RJ 1995/9196—; 27 de febrer del 1996 —RJ 1996/1394—; 5 de maig del 1997 —RJ 1997/3628—; 17 de juliol del 1998 —968/1998—; 387/2001, de 13 de març —RJ 2001/2325—; 1.547/2002, de 27 de setembre —RJ 2002/9116—...

14. SSTS 10/2002, de 17 de gener, i 551/2005, de 7 d'abril.

334, 336 i 770.3) com el RD regulador de la policia judicial de 19.6.87 li atribueixen, segons les quals no cal disposar al jutjat de guàrdia les substàncies confiscades, sinó que n'hi ha prou que estiguin a disposició judicial. En matèria de tràfic de drogues, el TS s'ha pronunciat de manera afirmativa respecte a aquesta possibilitat, i en diverses sentències¹⁵ ha afirmat que tant els convenis internacionals en matèria de prevenció de tràfic d'estupefaents com la Llei de 8 d'abril del 1967 determinen la conveniència d'establir, com a pràctica general, la tramesa directa de la droga al servei corresponent del control d'estupefaents, que romandrà sempre a disposició judicial, però sense necessitat que es disposi materialment als jutjats.

Tant de la redacció del precepte com de la seva tramitació parlamentària s'infereix que el legislador ha establert una prioritat d'aquestes anàlisis, efectuades pels organismes competents respecte de les que pugui dur a terme la policia, que ha de practicar de manera subsidiària, és a dir, tan sols en el supòsit que no fos previsible la remissió de l'anàlisi pels organismes oficials dins del termini efímer de conclusió de les diligències policials de prevenció. Però aquesta anàlisi, feta per la policia judicial, i a diferència de l'acte de confiscació de la droga, en principi té el valor d'acte d'investigació, i no de prova preconstituïda, perquè, per tal que gaudeixin de valor probatori, caldrà que participin en la doctrina constitucional de la prova preconstituïda, a saber:

- a) que versin sobre elements irrepetibles o, el que és el mateix, que, per la fugacitat de l'objecte del dictamen, no es pugui practicar la prova en el judici oral;¹⁶ *irrepetibilitat* del fet, que, a causa de la rapidesa dels judicis ràpids, per als quals estan previstos, el judici del qual s'ha de practicar en un termini no superior a quinze dies, és difícil que a la pràctica concorri, per la qual cosa, si faltessin les raons d'urgència, la policia no pot disposar aquesta prova sumarial anticipada, i ha de requerir la intervenció del jutge d'instrucció;¹⁷
- b) en segon lloc, la policia ha de garantir la *possibilitat de contradicció*, de manera que, quan s'executi la prova, s'hi convidi la defensa;¹⁸ i

15. Sentències de 16 de maig del 1995, 3 de maig del 1996, 2 de juliol del 1998, 25 de maig del 1999, 19 de setembre del 1996, 10 d'octubre del 1997; ATS 16 de juny del 2000 —RJ 2000\6936—; SSTS 18 de març del 2000 —RJ 2000\1129—; 22 de febrer del 2000 —RJ 2000\707—; 18 de maig del 2002, 13 de desembre del 2002 i 10 d'octubre del 1997 —RJ 1997\6972—; 6 d'abril del 1998 —RJ 1998\3287—; 18 de maig del 2001 —RJ 2001\5515—; 11 de juliol del 2001 —RJ 2001\7155—; 19 de març del 2001 —RJ 2001\1992—; 13 de desembre del 2002 —RJ 2003\1118—; 17 de juny del 2002 —RJ 2002\7364—; SAP Almeria 29 de març del 2000 —JUR 2000\140849.

16. SSTC 331/2000, 38/2003, de 27 febrer; 174/2003, de 29 setembre; 195/2002, de 28 d'octubre; 33/2000, de 14 de febrer; 707/1999, 115/1998, 140/1991; SSTS 3 de març del 2004 —RJ 2004\1974—; 17 d'octubre del 2003 —RJ 2003\7484—; 9 d'octubre del 2003 —RJ 2003\7233—; 2 de juliol del 2003 —RJ 2003\2407—; 26 de febrer del 2003 —RJ 2003\2407—; 15 de novembre del 2002 —RJ 2002\10864—; 30 de gener del 2001 —2001\1229—; SAP Sevilla 15 de desembre del 2003 —JUR 2004\67552.

17. SSTC 303/1993, 153/1997, de 29 de setembre; SSTS 23 de desembre del 2003 —RJ2003\9344—; 17 d'octubre del 2003 —RJ2003\7484—; 3 d'octubre del 2003 —RJ 2003\8487—, 3 d'octubre del 2003 —RJ2003\8487.

18. SSTC 94/2002, de 22 d'abril; 66/1989, 80/1986, de 29 de novembre del 1984, i SSTS 27 de setembre del 1991, 2 d'octubre del 1987, 23 de març del 2004 —RJ 2004\1599—; 16 de març del 2004 —RJ2004\2712—; 12 de març del 2004 —RJ 2004\2266.

- c) finalment, en virtut del que disposa l'art. 731, s'ha de fer la *lectura* de l'informe pericial recollit en l'atestat en l'acte del judici oral,¹⁹ en el qual han de comparèixer els pèrits per tal de donar les explicacions que les parts o el jutge penal els puguin requerir en relació amb el seu dictamen.

En cas de confiscació d'una pluralitat de paquets de droga, no cal fer una anàlisi detallada de cadascun, sinó que és suficient obtenir, de cadascun, una mostra per tal d'obtenir la mitjana de puresa entre tots (STS 857/2009, de 20 de juliol).

2.4 LES INSPECCIONS CORPORALS

Per inspecció corporal s'ha d'entendre el reconeixement per un tercer del cos humà. La jurisprudència del Tribunal Suprem (SSTS 3846/1999 de 9 d'abril i 7386/1999 de 21 de setembre) ha estat admetent, amb fonament en l'art. 11.1.f de la LOFCSE —LO 2/1986—, que la policia judicial pot, dins de les diligències policials de prevenció, dur a terme inspeccions corporals que no afectin el dret a la intimitat de l'imputat (per exemple, un reconeixement bucal per examinar si porta una dosi de droga a la boca). Per tant, no tenen legitimitat les inspeccions vaginals o anals efectuades per la policia sense autorització judicial expressa.

No constitueix una inspecció corporal, ni un acte que limiti cap dret fonamental, la recollida per part de la policia de material genètic extern de l'imputat (femta, orina, pèls i ungles tallades, saliva, burilles o esputs),²⁰ ja que ni tan sols suposen cap mena d'inspecció corporal, sinó que ens trobem davant de simples actes de recollida, per part de la policia, d'elements del cos del delictu, que, davant del perill de desaparició, autoritzen, dins de les diligències policials de prevenció, els art. 326.III en relació amb l'art. 282 LECr, 11 LOFCSE, 443 i ss LOPJ i 1 i 28 RD 769/1987.

En matèria d'autèntiques inspeccions corporals, però, al nostre parer, l'art. 11.1.f LOFCSE, que es limita a atorgar a la policia la funció de «prevenir la comissió d'actes delictius», no és, en si mateix, suficient per complir les exigències del principi de legalitat, contingudes en l'art. 18.2 CEDH i en la jurisprudència del TC sobre el principi de proporcionalitat.

Per tant, l'única cobertura legal que proporcionen les inspeccions i les intervencions corporals de la policia judicial és la que té en compte l'art. 326.III LECr, que requereix sempre una ordre expressa del jutge d'instrucció a la policia per tal que pugui recollir mostres d'ADN, sempre que aquest es lliuri de manera voluntària i requereixi la compulsió, i en qualsevol cas s'ha de respectar de manera escrupu-

19. SSTC 17/2004, de 23 de febrer; 80/2003; SSTS 24 de gener del 1996 —RJ 1996/146— i 24 de juliol del 1997; 94/2002, de 22 d'abril; 155/2002, de 2 de juliol; 2/2002, de 14 de gener; 97/1999, 137/1988, 40/1997, 140/1991, 32/1995; SSTS 14 de març del 2003 —RJ 2003/2263—; 24 de gener del 1996 i 24 de juliol del 1997 —RJ 1997/5771—; 21 de gener del 2002 —RJ 2002/10498—; 24 d'octubre del 2003 —RJ 2003/7319—; 16 de gener del 2004 —RJ 2004/1723.

20. Tenint en compte en aquest últim supòsit que, si bé alguna resolució del TS, concretament la STS 851/2005, va requerir la resolució judicial, l'Acord del Ple de la Sala 2a del TS, del 31 de gener del 2006, i les SSTS del 14 d'octubre del 2005, 14 de febrer del 2006 i 1128/2007, de 27 de novembre, així com la SAN, 2a, de 30 de novembre del 2005, amb raó, han eximit aquest requisit.

losa la cadena de custòdia del material genètic, que únicament es podrà fer servir per a les finalitats de la investigació (SAN 2a, de 30 de novembre del 2005).

Ni tan sols la «nuesa de detinguts», que inclou i regula de manera exquisida la Secretaria d'Estat de Seguretat en la seva instrucció de 30 de desembre del 1996, i a diferència de l'art. 23 de la LO Penitenciària (desenvolupat pel RD 190/1996), no gaudeix de cap cobertura legal que legítimi constitucionalment la policia a restringir el dret a la intimitat dels detinguts.

«Així, constitueix un tracte degradant constitucionalment prohibit el fet d'haver obligat l'acusada, detinguda en una dependència policial, que es despullés i fes flexions obrint i tancant les cames fins que va caure al terra el petit embolcall que contenia la substància estupefaent que guardava a la vagina» (STS 17 de febrer del 1999).

Però, de la regla general anterior, se'n poden exceptuar els exàmens radiològics i la diligència d'escorcoll.

2.4.1 Els exàmens radiològics i per mitjà d'ecografia

A causa de la circumstància que els exàmens d'aquest tipus ni tan sols impliquen una inspecció corporal i no han d'afectar necessàriament en res el dret a la intimitat, aquests exàmens, efectuats pel personal sanitari pertinent, no comporten cap infracció del nostre ordenament.²¹

Així ho han declarat tant el TS, mitjançant un acord del ple de la sala 2a, amb data de 5 de febrer del 1999 i les SSTS, sala 2a, de 8 i 19 d'abril i 24 de juliol del 2000, com la Fiscalia General de l'Estat en la seva instrucció 6/1988.

Amb relació a aquesta diligència, la STS de 18 de gener del 1993 afirma el que presentem a continuació:

La inspecció de l'interior del cos humà per mitjà de raigs X no afecta la intimitat de la persona examinada, per la forma i la freqüència amb què es fan aquestes proves, tenint en compte l'instrument que es faci servir i la classe de visió que permet aquest tipus de reconeixement mèdic, cosa que no afecta gens el pudor, si més no en les concepcions dominants de la societat actual, per la qual cosa entenem que la seva utilització per part de la policia no requereix autorització judicial.

2.4.2 La diligència d'escorcoll

S'entén per diligència d'escorcoll la inspecció corporal que, amb privació momentània prèvia del dret a la llibertat d'un sospitós i sense constituir una detenció policial, pot dur a terme la policia judicial, a l'empara del que disposa l'art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana, amb l'únic objectiu de fer un escorcoll extern i recollir el cos del delictu.

21. Marchal Escalona.

Així mateix, la diligència d'escorcoll és una inspecció corporal que ha de complir l'exigència del principi de proporcionalitat.

Per al descobriment i la detenció dels participants en un fet delictiu causant de greu alarma social i per a la recollida dels instruments, els efectes o les proves d'aquest fet, es podrà... (dur a terme el) control superficial dels efectes personals amb l'objectiu de comprovar que no es porten substàncies o instruments prohibits o perillosos. El resultat de la diligència de seguida es posarà en coneixement del Ministeri Fiscal.

A causa de l'escassa lesió que ocasiona la restricció momentània del dret a la llibertat, la jurisprudència es manifesta unànime a l'hora de no qualificar aquesta restricció com una detenció.²²

Ara bé, per tal que aquesta diligència s'executi de manera lícita, requereix, en primer lloc, que existeixi una imputació o una sospita fonamentada per part de la policia de la comissió d'un delictes de gravetat especial que, com a mínim, permetria autoritzar la pràctica d'una detenció, per la qual cosa no es justifiquen els escorcolls indiscriminats en batudes massives, ni per la comissió d'infraccions administratives, faltes o delictes que portin aparellada una pena inferior als dos anys de privació de llibertat, si l'imputat no tingués antecedents; i, en segon lloc, que, per mitjà de la pràctica de l'escorcoll, no es compromet, de cap manera, el dret a la intimitat de l'imputat.²³

3. LA PROVA PRECONSTITUÏDA DE LA POLICIA AMB CONTROL JUDICIAL

Els actes de prova preconstituïda que, pel fet que incideixen en el lliure exercici de determinats drets fonamentals, exigeixen l'autorització prèvia i el control judicial adequat es reconduïxen, en l'actualitat, a *la circulació i el lliurament vigilat de drogues, la intervenció de dades electròniques de tràfic i les escoltes telefòniques i la intervenció del correu electrònic*.

3.1 LA CIRCULACIÓ I EL LLIURAMENT VIGILAT DE DROGUES

3.1.1 Concepte i fonament

Amb una imprecisió sistemàtica notable (perquè aquest precepte hauria pogut tenir una col·locació més bona si s'hagués juxtaposat a l'art. 579, relatiu a la intervenció postal), la LO 8/1992, de 23 de desembre, de modificació del Codi penal (CP) i de la Llei d'enjudiciament criminal en matèria de tràfic de droga, va introduir en la LECr aquest art. 263 bis, en compliment del que disposa l'art. 11.1. del Con-

22. STS Sala 1344/1997 d'11 de novembre; 88/1995 d'1 de febrer; 7 de juliol del 1995; de 15 d'abril i 20 de desembre del 1993...

23. SSTC 110 i 114/84 i 231/88, 120/1990 i 57/1994.

veni de Viena, de 20 de desembre del 1988, i de l'art. 73 del Conveni de Schengen, que té l'objectiu d'autoritzar la circulació o el lliurament vigilat de drogues, i l'única relació del qual amb la denúncia consisteix a incorporar una exempció específica de l'obligació de denunciar els delictes que tenen els òrgans encarregats de la persecució penal.

En efecte, tal com s'ha avançat, l'art. 408 CP castiga la conducta de l'autoritat o dels funcionaris que, faltant a l'obligació del seu càrrec, deixés de manera intencionada de promoure la persecució dels delictes. Però la lluita contra la criminalitat organitzada exigeix que, com que es tracta de delictes contra la salut pública, la policia permeti l'entrada i/o la circulació d'estupefaents pel nostre país per tal de poder determinar i confiscar el màxim nombre d'integrants d'aquestes bandes relacionades amb el narcotràfic. Tot i que l'art. 262 LECr estableix l'obligació de denunciar qualsevol fet punible i l'art. 408 CP en constitueix el revers, quan se sanciona penalment l'incompliment d'aquesta obligació, si no s'hagués inclòs l'art. 263 bis en la LECr, el funcionari de policia incorreria en responsabilitat penal si no complís l'obligació de denunciar i detenir el responsable de la primera comissió d'un d'aquests delictes, cosa que comportaria una pèrdua d'eficàcia en la lluita contra aquesta criminalitat organitzada.

3.1.2 Subjectes

D'acord amb el que disposa el número primer d'aquest precepte, són òrgans competents per adoptar aquesta mesura: el jutge d'instrucció competent, el Ministeri Fiscal, els caps de les unitats orgàniques de la policia judicial, centrals i provincials, i els seus comandaments superiors.

Tot i la redacció del precepte, la competència per adoptar aquesta mesura no és indistinta, ja que, actuant sempre la policia a *prevenció* de l'autoritat judicial (art. 282), en principi, l'única autoritat legitimada per disposar-la és el jutge d'instrucció competent. Però pot passar que raons d'urgència aconsellin que aquesta resolució s'adopti per la policia judicial, i en aquest cas ho poden fer, sempre que ho notifiquin immediatament a l'autoritat judicial o al Ministeri Fiscal competent, quan hagi incoat unes diligències a l'empara de l'art. 773.2 CP.²⁴

La redacció originària d'aquest precepte només tenia en compte la notificació de la mesura a la «Fiscalia Especial per a la prevenció i la repressió del tràfic il·legal de drogues», cosa que dificultava la perseguibilitat d'aquests delictes quan es tractava d'una organització que circumscrivís la seva actuació a la demarcació judicial d'un tribunal superior de justícia o una audiència provincial determinats. Per aquesta raó, la jurisprudència (STS 5 de febrer del 1997) estimava vàlida la notificació a la fiscalia provincial competent i, per la mateixa raó, la LO 5/1999, de 13 de gener, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal, ha suprimit aquest requisit absurd, i només estableix la necessitat que la notificació es faci a la fiscalia competent.

24. Art. 263 bis.3. II CP; SSTS 31 d'octubre del 2003 —RJ 2003\7993—, 26 de febrer del 2004 —RJ 2004\2592.

3.1.3 Objecte

L'objecte d'aquesta resolució el constitueix la vigilància «de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, així com d'altres substàncies prohibides», a les quals la LO 5/1999 ha incorporat «els béns i els guanys procedents de les activitats delictives tipificades en els art. 301 a 304 i 368 a 373 CP». Per *drogues tòxiques, estupefaents i substàncies psicotròpiques* s'han d'entendre totes les drogues de circulació prohibida, tant si causen un dany greu a la salut com si no (art. 368 CP), i per *substàncies prohibides*, totes les *res extra commercium*, la tinença o la circulació de les quals constitueixi un il·lícit penal, com ara les armes, els explosius, el contraban, etc.

3.1.4 Contingut

El contingut o l'objecte material d'aquesta diligència se circumscriu a «autoritzar la circulació o l'entrada vigilada» de paquets que continguin les substàncies prohibides referides, així com els «equips, materials i substàncies als quals es refereix l'article 371 CP, dels béns i els guanys a què fa referència l'article 301 del CP en tots els supòsits que preveu, així com dels béns, els materials, els objectes i les espècies animals o vegetals als quals fan referència els articles 332, 334, 386, 566, 568 i 569, també del CP».

Ara bé, per disposar-la la policia s'ha de cerciorar de l'existència de drogues a l'interior del paquet postal, amb la qual cosa immediatament ha de sorgir la pregunta de si la policia pot intervenir-lo i obrir-lo.

La resposta de la pregunta enunciada ha de ser positiva en el supòsit de la policia de fronteres, perquè tant l'art. 20 del Conveni sobre paquets postals²⁵ com l'art. 117.1 del seu Reglament permeten, tractant-se d'estupefaents, obrir-los.

Fora d'aquesta intervenció administrativa, però, cal tenir en compte que d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem,²⁶ un paquet postal és equiparable a una carta, raó per la qual ens trobem davant d'una violació del dret fonamental al secret de les comunicacions de l'art. 18.3 CE, que, com a tal, exigeix el monopoli jurisdiccional més absolut, i diu que l'obertura només l'ha de disposar el jutge d'instrucció competent per mitjà del procediment que inclouen els articles 579 i següents de la LECr. Per aquesta raó, la LO 5/1999 ha incorporat un nou requisit en l'apartat 4 actual de l'art. 263 bis:

La intercepció i l'obertura d'enviaments postals sospitosos de contenir estupefaents i, si és el cas, la substitució posterior de la droga que hi hagués a l'interior es

25. 14 de desembre del 1989 (BOE de 30 de setembre del 1992).

26. SSTS 26 de setembre, 19 de novembre i 23 de desembre del 1994; 13, 15 i 20 de març, 9 de maig i 3 de juny del 1995; 20 de març del 1996; 23 de maig del 1996; 5 de febrer del 1997; 14 setembre del 2001 —RJ 2001\9013—; 3 de maig del 2001 —RJ 2001\2944—; 14 de setembre del 2001 —RJ 2001\9013—; 25 de setembre del 2000 —RJ 2000\8087.

portarien a terme respectant en tot moment les garanties judicials establertes en l'ordenament jurídic, amb excepció del que preveu l'article 584 d'aquesta llei.

Amb l'única excepció, doncs, de la presència de l'interessat (art. 584), l'obertura de paquets s'ha de fer mitjançant les prescripcions que inclouen els art. 579-588 LECr.

De la regla anterior es poden exceptuar, no obstant això, la utilització de mitjans mecànics que, com és el cas de l'escàner o dels raigs X,²⁷ no ocasionin l'obertura física del paquet o, fins i tot, la realització d'algun *tast*; i, així, les SSTS de 26 de juny del 2000, 13 d'octubre del 1998, 23 de juliol del 1998 i 5 de febrer del 1997, 2 de novembre del 2000 —RJ 2000\8384—, 7 de febrer del 2003 —RJ 2003\2442— autoritzen la policia, sense demanar l'autorització judicial, a introduir en un paquet postal una agulla per tal d'extreure'n de l'interior una petita part de droga.

També s'exclouen de la salvaguarda de la intervenció judicial els paquets expedits sota *etiqueta verda* (art. 117 del Reglament del Conveni de Washington, que permet la inspecció duanera), o quan per la seva mida o pes evidencien l'absència de missatges personals o en aquells enviaments a l'exterior dels quals es fa constar el contingut.²⁸ Així mateix, les maletes o les bosses de viatge destinades a guardar i facilitar el transport d'objectes i efectes d'ús personal estan excloses de l'àmbit de la tutela de la correspondència postal de l'article 18.3 CE.²⁹

3.1.5 Resolució

La resolució que autoritzi la circulació i el lliurament vigilat ha de ser individualitzada i necessària, així com «fundada, en la qual es determini explícitament, en la mesura que sigui possible, l'objecte d'autorització o lliurament vigilat, així com el tipus i la quantitat de la substància de què es tracti».

Al primer requisit s'hi refereix l'art. 263.bis.3 de la LECr quan afirma que «el recurs al lliurament vigilat es farà cas per cas», sense que es puguin permetre, per tant, lliuraments vigilats genèrics o indiscriminats. En la resolució s'hauran de plasmar, doncs, la identificació o, si més no, la determinació dels autors del lliurament.

El principi de necessitat està previst en el segon apartat de l'art. 263.bis.1 en relació amb l'últim incís del número segon del mateix precepte. L'adopció d'aquesta mesura ha de ser necessària «als objectius de la investigació», tenint en compte la «importància del delictes» i amb la finalitat de «descobrir o identificar les persones involucrades en la comissió d'algun delictes relatiu a les drogues en qüestió». De la redacció d'aquestes normes queden prou clars dos extrems: en primer lloc, que l'adopció d'aquesta mesura no es justifica, ni per combatre la «venta al detall» de la

27. SSTS 26 de juny del 2000 i 27 de desembre del 1999, 5 de juny del 2000 —RJ2000\4153.

28. Entre d'altres, SSTS 5 de febrer del 1997 —RJ 1997\697—; 18 de juny del 1997 —RJ 1997\5158—; 7 de gener del 1999 —RJ 1999\390—; 24-5-1999 —RJ1999\5249—; 1 de desembre del 2000 —RJ 2000\10159—; 14 de setembre del 2001 —RJ 2001\9013—; 19 de gener del 2001 —RJ 2001\1675—; 25 de setembre del 2000 —RJ 2000\8087—; 18 de novembre del 2002 —RJ 2002\9868.

29. SSTS 21 de març del 2000 —RJ 2000\2225—, 9 de juny del 1997 —RJ 1997\ 4669—, 28 de desembre del 1994 —RJ1994\10378.

droga, sinó per descobrir organitzacions de narcotraficants, ni és procedent quan aquests narcotraficants han estat plenament determinats o identificats; i, en segon lloc, que aquesta diligència integra un *acte d'investigació* i no de prova preconstituïda, de manera que tampoc no pot, per si sola, fundar una sentència de condemna.

Finalment, la resolució haurà de ser *fundada* o motivada. Aquest últim requisit, que s'erigeix en primera exigència formal del principi de proporcionalitat, el va incorporar la LO 5/1999. Si la resolució l'adoptés el jutge d'instrucció, n'ha de «traslladar una còpia al jutjat degà de la seva jurisdicció, que tindrà custodiat un registre de les resolucions en qüestió» (art. 263 bis.1 *in fine*).

Aquests requisits decauen quan la policia pugui actuar en virtut de l'auxili judicial internacional, i en aquest cas la requisitòria d'un Estat estranger és títol suficient habilitant (art. 263 bis.2 *in fine* i 3.1).

3.2 GESTIÓ DE LA BASE DE DADES POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORS OBTINGUTS A PARTIR DE L'ADN

La Llei orgànica 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN, ha comanat a les unitats de la policia judicial la gestió d'aquesta base de dades d'ADN (art. 7.1). Aquesta LO ha estat desenvolupada pel RD 1977/2008, de 28 de novembre, pel que fa a la creació de la Comissió Nacional per a l'ús forense de l'ADN, que depèn del Ministeri de Justícia i és coordinadora de la tasca de la Policia Nacional, la Guàrdia Civil i les policies autonòmiques amb competència sobre la matèria, fonamentalment en l'homologació i el control dels laboratoris especialitzats.

D'acord amb el que estableix l'art. 3 d'aquesta LO, s'han d'incloure en la base de dades esmentada els fluids o les mostres biològiques d'un detingut o sospitós d'haver comès un delictes greu i, en qualsevol cas, d'un delictes de criminalitat organitzada (la determinació del qual efectua l'art. 282 bis LECr) o que afecti la vida, la llibertat, la indemnitat o la llibertat sexual, la integritat de les persones o el patrimoni, sempre que fossin realitzats amb força en les coses, o violència o intimidació en les persones.

Aquestes mostres o vestigis els ha d'obtenir la policia judicial en el curs d'una investigació penal, i sobre ells la policia judicial podrà sol·licitar dels laboratoris homologats que s'efectuïn sobre l'ADN les anàlisis pertinents per determinar la identitat i el sexe de l'imputat (art. 4).

Ara bé, el problema fonamental que planteja la recollida d'aquest tipus de mostres és la inexistència d'una regulació legal de les inspeccions o les intervencions corporals, cosa que pot ocasionar la invalidesa de la futura prova de càrrec, ja que la disposició addicional tercera de la LO faculta la policia judicial a dur a terme la recollida de presa de mostres biològiques, sense tenir en compte que la recollida només es pot erigir en prova preconstituïda, si ho aconsellen raons d'urgència derivades de la desaparició del material genètic,³⁰ atès que, si no fos

30. Cfr.: Acord del Ple de la sala 2a del TS, 31 de gener del 2006 i les SSTS, 14 d'octubre del 2005, 14 de febrer del 2006 i 1128/2007, de 27 de novembre, així com la SAN, 2a, de 30 de novembre del 2005.

així, el que escauria seria la intervenció de l'autoritat judicial.³¹ La LO tampoc no és gaire rigorosa a l'hora de garantir la imparcialitat de la cadena de custòdia, la possibilitat de la defensa de contradir les anàlisis dels laboratoris acreditats o l'exigència que les mostres o els vestigis biològics siguin custodiats com a mínim fins al moment de pràctica del judici oral per tal que la defensa pugui contraproposar-hi altres informes pericials, perquè el resultat d'aquesta identificació no converteix la prova en document públic, examinable d'ofici pel Tribunal, sinó que ens trobem davant d'una prova pericial que la defensa pot sotmetre a contradicció (STS 1007/2007, de 23 de novembre).

3.3 LES INTERVENCIONS TELEFÒNIQUES

3.3.1 Regulació legal

- a) Les intervencions telefòniques adquireixen certa naturalesa en l'ordenament jurídic espanyol per obra de l'art. 18.3 de la Constitució vigent, que disposa que «es garanteix el secret de les comunicacions i, en especial, de les postals, telegràfiques i *telefòniques*, excepte resolució judicial».

Aquesta norma constitucional (en virtut del contingut integrador de les normes tuteladores dels drets fonamentals que ostenten els pactes internacionals de Drets Humans, proclamat per l'art. 10.2 de la nostra llei fonamental), igual com totes les que tutel·len els drets fonamentals, s'ha d'interpretar d'acord amb el que disposa l'art. 8 del Conveni Europeu de Drets Humans i del seu òrgan jurisdiccional d'aplicació, és a dir, a la llum de la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara endavant, TEDH).

- b) Pel que fa a la legalitat ordinària, però, les intervencions telefòniques, per primera vegada, s'instauen, d'una banda, en l'ordenament substantiu mitjançant la LO 7/1984 que incorpora al CP els art. 192 bis i 497 bis, reguladors del delicte d'*escoltes telefòniques clandestines*, delictes que, amb algunes variacions en el tipus i amb un increment notable de pena, van passar a incorporar-se als art. 536 i 197 i 198 CP del 1995 i, posteriorment, de l'altra, en l'ordenament processal, per mitjà de la LO 4/1998, que va modificar l'art. 579 de la nostra Llei d'enjudiciament criminal (d'ara endavant, LECr) en el sentit d'incloure, com a acte d'investigació sumarial, expressament les intervencions telefòniques d'un codi processal penal que, com és el cas del nostre, perquè està datat l'any 1882, tan sols va poder tenir en compte les intervencions postals i telegràfiques.

31. Articles 282 i 326.III LECr; i, així, la STS 1007/2007 va poder, entre altres raons, desestimar com a prova de càrrec la identificació genètica de l'acusat efectuada a partir d'una maquineta d'afaitar intervinguda per la policia en l'escorcoll d'un *zulo*.

Això no obstant, la regulació que el nou art. 579 de la LECr efectua d'aquest acte instructori resulta molt insuficient, pel nombre considerable de llacunes que conté en matèries com ara l'absència de regulació de les comunicacions telemàtiques per mitjà d'internet i de les dades externes dels correus electrònics, la falta de determinació dels supòsits que justifiquen la intervenció telefònica, l'objectiu i el procediment d'intervenció i de transcripció en acta del contingut dels suports magnètics, la custòdia i la destrucció dels suports magnètics o telemàtics, el valor probatori de la prova obtinguda de manera inconstitucional, etc., que va provocar la condemna de l'Estat espanyol per la STEDH del 18 de febrer del 2003, Prado Bugallo c. Espanya.³²

- c) Aquesta situació de pràctica *anòmia* legislativa va ser satisfeta mitjançant la jurisprudència dels nostres tribunals, d'entre els quals interessa destacar la del Tribunal Constitucional (TC), el TEDH i el Tribunal Suprem (TS):
- Pel que fa al TC s'ha caracteritzat pels canvis jurisprudencials bruscos en matèria de valoració de la prova, en què ha passat de la teoria directa a la reflexa, per acabar amb la de la *connexió d'antijuricitat*.
 - Per la seva banda, el TEDH exigeix la *previsió legal* de les mesures limitadores dels drets reconeguts en el Conveni Europeu de Drets Humans, no tan sols en el que fa referència a les ingerències en el dret a la intimitat i la vida privada respecte de mesures consistents en la interceptació de les comunicacions, sinó també en relació amb altres drets fonamentals reconeguts en aquest conveni.³³

En la sentència del 18 de febrer del 2003, Prado Bugallo c. Espanya, el TEDH va declarar la vulneració de l'art. 8 CEDH a causa que l'actual art. 579 LECr no compleix les exigències relatives a la prevenció legal de la ingerència. Després de constatar els avenços que hi ha hagut en l'ordenament espanyol com a conseqüència de la reforma de l'esmentat art. 579 LECr per la Llei orgànica 4/1988, de 25 de maig, el TEDH entén que «les garanties introduïdes per la llei del 1988 no responen a totes les condicions exigides per la jurisprudència del Tribunal, especialment en les sentències *Kruslin c. França* (TEDH 1990, 1) i *Huvig c. França* (TEDH 1990, 2), per evitar els abusos. Es tracta de la naturalesa de les infraccions susceptibles de donar lloc a les escoltes, de la fixació d'un límit per a la durada de l'execució de la mesura, i de les condicions d'establiment del procediment de transcripció de les converses interceptades. Aquestes insuficiències afecten igual-

32. Si bé la posterior Decisió inadmissòria del TEDH, de 25 de setembre del 2006 —cas *Abdulkadir Cobán c. Espanya*— sembla rectificar aquesta jurisprudència.

33. Entre moltes altres, SSTEDH 26 d'abril del 1979, cas *Sunday Times c. Regne Unit*; 27 d'abril del 1995, cas *Piermont c. França*, §63 i següents; 20 de maig del 1999, cas *Rekveny c. Hongria*, § 34; 25 de novembre del 1999, cas *Hashman i Harrup c. Regne Unit*, § 31 i ss., § 41; 21 de desembre del 1999, cas *Demirtepe c. França*, § 27; 21 de desembre del 2000, cas *Rinzivillo c. Itàlia*, § 28; 26 de juliol del 2001, cas *Di Giovine c. Itàlia*, §36; de 24 d'octubre del 2002, cas *Messina c. Itàlia*, § 28.

ment les precaucions que s'han d'observar, per comunicar intactes i complets els enregistraments fets, per al control eventual del jutge i la defensa. La llei no conté cap disposició en relació amb això» (§ 30).

- La jurisprudència de la Sala Penal del TS també revesteix, actualment, una importància singular. Han estat múltiples, en aquest sentit, les resolucions del nostre intèrpret suprem de la legalitat ordinària, d'entre les quals cal esmentar-ne dues com a decisions clàssiques: l'ATS 18 de juny del 1992 (cas *Naseiro*, ponent: Sr. Ruiz Vadillo) i la STS 14 de juny del 1993 (cas *Blasco*, ponent: Sr. Martín Pallín). Ambdues resolucions tenen un pressupòsit fàctic comú i participen en una doctrina similar: la causa que les va motivar va ser la corrupció política i la doctrina que van aplicar i desenvolupar va ser la que contenen les SSTEDH 24 i 26 d'abril del 1990 recaigudes en els casos *Kruslin* i *Huvig*, doctrina del Tribunal Europeu que, en virtut del que disposa l'art. 10.2 de la CE, tal com s'ha avançat, gaudeix de valor vinculant i han d'observar tots els tribunals espanyols.

3.3.2 Concepte

D'acord amb la doctrina jurisprudencial majoritària esmentada, per intervenció telefònica es pot entendre qualsevol acte d'investigació, limitador del dret fonamental al secret de les comunicacions, pel qual el jutge d'instrucció, en relació amb un fet punible d'especial gravetat i en el curs d'un procediment penal, decideix, mitjançant interlocutòria especialment motivada que la policia judicial registri les trucades i/o efectui l'enregistrament magnetofònic de les converses telefòniques de l'imputat durant el temps imprescindible per poder preconstituir la prova del fet punible i la participació del seu autor.

3.3.3 El principi de proporcionalitat en les intervencions i els seus pressupòsits

Si tenim en compte que les intervencions telefòniques restringeixen un dret fonamental, aquests actes processals han d'estar sotmesos al compliment més estricte del principi de *proporcionalitat*, la vigència del qual reclama l'observança de certs pressupòsits que es poden sistematitzar en comuns i especials.³⁴

a) Comuns

Un pressupòsit comú per a qualsevol acte processal limitador d'algun dret fonamental el constitueix el principi processal de *legalitat*. Hi fa referència l'art. 8.2 CEDH, quan requereix que qualsevol ingerència de l'autoritat pública en l'esfera privada ha d'estar «prevista per la llei», cosa que exigeix que l'ordenament intern

34. Sobre les notes essencials del principi esmentat, vegeu les SSTC 46 i 54/1996 i 49/1999 i les SSTS 304 i 521/2008, de 5 de juny i 24 de juliol, 7 de febrer del 1997, 12 de gener del 1995, 22 d'abril del 1998.

autoritzi expressament a l'autoritat judicial disposar dels mitjans d'investigació en qüestió.³⁵

Aquest pressupòsit, que també exigeix l'art. 84.a) del Reglament per a la prestació de serveis de comunicacions electròniques, aprovat per RD 424/2005, de 15 d'abril, es troba, com s'ha dit, parcialment complert per l'art. 579, que hauria de contenir una regulació millor i més minuciosa.

b) *Especials*

Juntament amb el compliment dels principis de jurisdiccionalitat i de legalitat, la doctrina sobre la proporcionalitat també exigeix l'observança més estricta del principi de *necessitat*, perquè no n'hi ha prou que la mesura estigui prevista per la llei i l'adopti un jutge, sinó que també és imprescindible que es justifiqui de manera objectiva per obtenir el compliment de les finalitats constitucionals que la legitimen (art. 8.2 CEDH), i s'ha d'adoptar, en qualsevol altre cas, l'alternativa menys costosa per al dret fonamental.

El compliment del principi de necessitat en les intervencions telefòniques implica l'observança de dos pressupòsits especials, un de caràcter material i l'altre, processal:

b.1) *Material*

Des d'un punt de vista jurídic substantiu, l'adopció d'una intervenció telefònica exigeix que l'objectiu de la instrucció el constitueixi un *delicte greu*,³⁶ que s'ha de determinar en la sol·licitud de la intervenció.³⁷

El problema, tanmateix, que suscita l'art. 579.2 LECr en aquest cas, és que no conté un criteri qualitatiu o de llista de delictes greus que hauria d'autoritzar la pràctica d'aquest acte instructori (sistema secundat per països com Alemanya, Bèlgica, Finlàndia o Grècia), ni tan sols un altre criteri quantitatiu exprés que pogués atendre la necessitat de la intervenció segons un *quantum* de pena per imposar pel delicte imputat,³⁸ per la qual cosa el precepte ha suscitat el manteniment de dues tesis antitètiques: d'acord amb la primera, la circumstància que l'art. 579 estigui situat dins del procés penal comú per a delictes molt greus i que el seu paràgraf segon inclogui com a destinatari de la mesura el *processat*³⁹ i no el mer imputat, obliguen a concloure que les intervencions telefòniques tan sols es justifiquen per a la investigació de delictes castigats amb una pena privativa de llibertat superior als nou anys de privació de llibertat,⁴⁰ en canvi, a la segona tesi el terme

35. SSTEDH «Malone», de 2 d'agost del 1984; Huvig, de 4 d'abril del 1990.

36. SSTEDH «Kruslin» i «Huvig» i ATS 18 de juny del 1992.

37. STS 12 de gener del 1995 i ATC 344/1990, d'1 d'octubre; SSTC 85/1994, de 14 de març; 181/1995, d'11 de desembre; 49/1996, de 26 de març; 54/1996, de 26 de març; 123/1997, d'1 de juliol; 49/1999, 166/1999 i 14/2001 de 29 de gener.

38. És el cas d'ordenaments com els de França, Holanda, el Regne Unit, Irlanda, Àustria, Portugal, Luxemburg, Itàlia i Dinamarca.

39. Això és, al subjecte passiu d'una «ordre de processament» que, com tothom sap, tan sols es pot dictar en la fase instructora del procés penal per a delictes molt greus.

40. López Barja de Quiroga.

processat és sinònim d'*imputat*, per la qual cosa s'hauria de reclamar l'àmbit d'aplicació d'aquestes mesures per a qualsevol tipus de delictes.⁴¹

La polèmica anterior la va resoldre el Tribunal Suprem en la sentència de 14 de juny del 1993, en la qual no va secundar cap de les dues tesis maximalistes o, per ser més exactes, va combinar de manera adequada totes dues, conjugant tant el criteri quantitatiu com el qualitatiu: d'acord amb aquesta doctrina, les intervencions telefòniques, en principi, tan sols es justifiquen per a la investigació de delictes molt greus; però —conscient, el nostre tribunal de cassació, que el nostre vell Codi penal mantenia penes irrisòries, sobretot per a la repressió dels delictes comesos per funcionaris— també les autoritza per als il·lícits penals lleus «amb transcendència social», com és el cas dels delictes de funcionaris esmentats, els que afectin «el bon funcionament i el crèdit de l'Administració de l'Estat» i, en general (hi afegim nosaltres), els relatius a la *corrupció política*, contra l'ordre econòmic o el patrimoni social col·lectiu.

b.2) Processal

Juntament amb aquest pressupòsit material, també és imprescindible complir-ne un altre de caràcter processal, com és l'exigència que la petició de la intervenció telefònica es faci dins d'una *instrucció judicial en curs*, és a dir, dins d'un *sumari ordinari*, en la instrucció del jurat o en unes *diligències prèvies* en l'àmbit del procés penal abreujat.

Conseqüentment, les intervencions telefòniques no es poden adoptar ni en les diligències policials de prevenció ni en la investigació oficial o preliminar a la judicial del ministeri públic (perquè aquest òrgan imparcial no és, tanmateix, cap autoritat judicial i, si sol·licités al jutge preceptiu una ordre d'intervenció, hauria de cessar les diligències i traslladar-li totes les actuacions practicades d'acord amb el que disposa l'art. 773.2), ni en el curs de les atípiques *diligències indeterminades*, ni, per descomptat, en el judici de faltes.

En la pràctica forense, i això no obstant la censura efectuada per la STS 521/2008, solen adoptar-se dins d'aquelles atípiques diligències indeterminades que, pel fet que es duen a terme a l'esquena de la defensa i sense que hi intervingui el Ministeri Fiscal, no reuneixen les exigències del *control judicial* adequat; però la jurisprudència del TC i el TS continua legitimant-les (STC 49/1999, SSTS 786/2008, de 26 de novembre, 1655/2002, de 7 d'octubre...). D'aquesta manera, les SSTS 28 de juny del 1993, 14 de juny del 1995, 7 d'abril del 1995, 23 d'octubre del 1998, 7 de març del 1998... estimen suficients les *diligències indeterminades* com a via processal per adoptar aquestes intervencions. La STC 24 d'octubre del 2005 confereix validesa a les diligències indeterminades per adoptar la resolució judicial d'intervenció telefònica, si bé va considerar l'empara, entre altres causes, per la circumstància que, dins de les diligències esmentades, no es va notificar al Ministeri Fiscal la resolució judicial pertinent.

Aquest últim requisit, encara que la jurisprudència del Tribunal Suprem no l'hagi establert de manera unànime, se'ns presenta com a molt plausible, perquè impedeix

41. López Fragosó.

la utilització de l'acte d'investigació en qüestió en les polèmiques *inquisicions generals* (STS 20 de febrer del 1995), destinades a indagar els delictes que hagi pogut cometre un ciutadà determinat. En un Estat democràtic les intervencions telefòniques, malgrat la redacció de l'art. 579.2 LECr —que tan sols condiciona l'admissibilitat de la mesura al fet que estigui dirigida a «obtenir el descobriment d'algun fet»—, no haurien d'estar arbitrades per descobrir la comissió de delictes en general, sinó per preconstituir la prova tan sols d'aquells fets punibles, de gravetat o rellevància social singulars, i que, havent estat prèviament denunciats, constitueixen l'objecte d'una instrucció judicial en curs. L'exigència anterior és una altra manifestació del principi de proporcionalitat, perquè, per tal que el jutge pugui arribar al convenciment sobre la necessitat de la mesura limitadora del dret fonamental, cal *ponderar* prèviament, d'una banda, la gravetat del fet punible imputat i, de l'altra, la imprescindibilitat del sacrifici del dret que conté l'art. 18.3 CE per a l'obtenció de la prova d'aquest fet.

3.3.4 Requisits formals

A causa de la vigència del principi d'exclusivitat jurisdiccional, correspon al jutge d'instrucció competent adoptar-lo en el si d'una instrucció i mitjançant la resolució motivada en què es determini el telèfon intervingut, el destinatari de la mesura i el fet punible investigat, tot plegat per tal de garantir el control judicial necessari que garanteix l'art. 18.3 CE, de manera que, quan es pugui inferir que no ha existit el control efectiu esmentat, s'haurà vulnerat el dret fonamental en qüestió.⁴²

Vegem amb una mica més de detall aquests requisits formals.

a) *El deure de motivació*

L'obligació de l'autoritat judicial de motivar la resolució per la qual disposa una intervenció telefònica constitueix una altra exigència del principi de *proporcionalitat*, segons el qual qualsevol resolució limitadora d'un dret fonamental ha de ser motivada minuciosament per l'autoritat o el funcionari que la practiqui per tal que s'hi plasmi l'indispensable *judici de ponderació* sobre la necessitat de la mesura.⁴³

L'aplicació de la doctrina anterior a la matèria que ens ocupa obliga a interpretar el concepte de *resolució judicial* al qual fa referència l'art. 18.3 CE com a *resolució motivada*, en els termes en què ho efectua l'art. 579.2 LECr, és a dir, per mitjà d'*interlocutòria*.

En aquesta interlocutòria, el jutge ha de plasmar el judici oportú de necessitat de la intervenció telefònica per tal de preconstituir la prova necessària per a l'actuació de l'*ius puniendi* de l'Estat.

Encara que hi hagi alguna resolució, com és el cas de la STC 49/1999, que obliga a fer una motivació minuciosa i individualitzada,⁴⁴ la veritat és que la doctri-

42. SSTC 166/1999, 202/2001, 167/202; STS 1191/2004, de 21 d'octubre.

43. SSTC 26/1981, 62/1982, 37/1989, 85/1994 —F.J. 3—, 181/1995, 54/1996 i, sobretot, 49/1999; STS 12 de gener del 1995, 229/2008, de 15 de maig, 197/2009, de 28 de setembre.

44. En aquest sentit, també: STS 12 de gener del 1995.

na avui majoritària és la contrària, és a dir, la que permet autoritzacions judicials per mitjà de la motivació *per remissió*⁴⁵ a la sol·licitud policial,⁴⁶ que es pot fundar en simples indicis i fins i tot en delacions de *confidents*.⁴⁷

Però aquesta exigència singular de motivació comporta la qualificació d'ilegal, per inconstitucional, de la utilització de la forma de *providència*.

Per la qual cosa ha de merèixer el qualificatiu de totalment desafortunada la STS, de 3 de novembre del 1993, d'acord amb la qual una intervenció telefònica feta mitjançant *providència* «és un acord més que suficient per ordenar que es porti a terme aquesta mesura, sense que calgui que la resolució adopti la forma d'interlocutòria ni que contingui una fonamentació específica ni especial». Aquesta *doctrina* posteriorment va ser declarada inconstitucional per la STC 181/1995.

b) Requisits de la interlocutòria

En segon lloc, i en la part dispositiva de la resolució judicial, s'han d'observar tot un conjunt de requisits, subjectius i objectius.

b.1) Subjectius

D'entre els primers destaca la determinació del destinatari de la mesura (STC 49/1996), que ha de ser el titular del dret al secret de les comunicacions (que normalment serà l'imputat, tot i que no necessàriament, perquè de vegades cal intervenir el telèfon de l'ofès; i, així, la STS 18-3-1994 permet la intervenció telefònica de persona no imputada) i que no ha de coincidir necessàriament amb l'amo del telèfon intervingut (per exemple, en el cas d'intervenció telefònica d'empreses, hotels, etc.), i en aquest cas la policia s'ha d'abstenir d'escoltar i enregistrar les converses alienes al destinatari de la mesura.

b.2) Objectius

Un d'aquests requisits és que s'ha de reflectir en la interlocutòria, d'una banda, el número de telèfon objecte de la intervenció i, de l'altra, el delictes o els delictes l'aclariment dels quals constitueixen la causa i la finalitat de la intervenció, sense que la policia pugui acumular a la investigació nous delictes, que puguin aparèixer de manera ocasional en connexió, sense sol·licitar immediatament una ampliació de la resolució judicial d'intervenció. Són, doncs, inconstitucionals les anomenades llicències de cobertura.

3.3.5 Objecte

L'objecte d'aquesta diligència la integren totes les comunicacions, amb fils i sense fils,⁴⁸ radioelèctriques i telemàtiques, ja que totes estan previstes en

45. SSTS 985/2009, de 13 d'octubre, de 5 de novembre del 2009, 343/2007, de 20 d'abril; 119/2007, de 16 de febrer.

46. SSTS 385/209, de 14 d'abril, 15 d'octubre del 1998, 23 d'octubre del 1998, 7 de març del 1998...

47. STS 385/209, de 14 d'abril, 887/2007, de 7 de novembre.

48. STC 34/1996; SSTS 27 de setembre del 2006 i 8 de febrer del 1999.

l'art. 18.3 CE, i l'art. 579 no exclou les que es poden fer a través de l'espai radio-elèctric.

Tanmateix, no constitueix cap intervenció de comunicació la reproducció per part de la policia d'un suport magnètic o electrònic (per exemple, el visionat d'un vídeo o la lectura d'un disc dur), que, encara que pugui afectar el dret a la intimitat de l'art. 18.1, si s'aprecien raons d'urgència, existeix habilitació legal i, si es persegueix un interès constitucionalment legítim, les pot practicar la policia judicial, ja que l'habilitació legal l'efectuen els articles 282 de la LECr, 11.1 de la LOFCSE —2/1986—, 547 de la LOPJ i 14 de la LOPSC.⁴⁹

3.3.6 Procediment d'intervenció

Quan el jutge hagi adoptat la intervenció telefònica, la policia judicial ha de fer el seguiment de l'escolta i l'enregistrament en els suports magnètics corresponents, els originals dels quals s'han de traslladar al jutjat per tal que el Tribunal els pugui escoltar o transcriure sota la fe del secretari. La violació d'aquestes prevençions ocasionarà la violació no de l'art. 18.3, sinó del dret «a un procés amb totes les garanties» de l'art. 24.2 CE.⁵⁰

L'art. 579 de la LECr, però, igual com passa amb la majoria dels pressupòsits i els requisits d'aquest acte processal, també va oblidar regular tot el procediment d'intervenció telefònica, la qual cosa va ocasionar una llacuna important que, una vegada més, va haver de solucionar la jurisprudència del TS.⁵¹

En síntesi, el procediment que s'ha de seguir és el que es descriu a continuació de manera succinta: en primer lloc, i com a regla general, la intervenció només la pot acordar el jutge d'instrucció objectivament i territorialment competent; en segon lloc, aquest òrgan judicial disposarà que, per als funcionaris de policia judicial o els empleats de la companyia telefònica o concessionària, durant el termini indicat en la interlocutòria, s'intervinguin i s'enregistrin les escoltes; en tercer lloc, una vegada practicades i documentades en els suports corresponents, la policia haurà de lliurar íntegrament al jutjat tots els originals dels suports magnètics, que, finalment, amb la intervenció de totes les parts comparegudes en el procés, es transcriuran en una acta sota la fe del secretari.⁵²

En l'actualitat, tanmateix, la majoria de les intervencions telefòniques es fan per mitjà del polèmic sistema SITEL, la legalitat del qual ha proclamat el TS en diversos pronunciaments.⁵³ Aquest sistema ha substituït les audicions personals i individualitzades anteriors que feien els agents policials per un arxiu centralitzat al Ministeri de l'Interior, mitjançant un mecanisme «modern, automatitzat, simplificat i garantista» (STS 5 de novembre del 2009).

49. STS 782/2007, de 3 d'octubre.

50. SSTC 126/2000, 14/2001, 202/2001, 167/202; STS 1191/2004, de 21 d'octubre.

51. Fonamentalment per l'ATS 18-6-1992 i STS 25-6-1993.

52. *cfr.*: SSTS 21 de febrer del 1991, 2 de juny del 1992, 22 de setembre del 1993, 12 de gener del 1995, 6 de febrer del 1995, 26 d'octubre del 1995, 229/2008, de 15 de maig...

53. SSTS 12, 23 de març, 6 de juny i 5 de novembre del 2009 i Sala Cont.-Adm. de 5 de febrer del 2008.

Excepcionalment, des d'un punt de vista constitucional, es pot legitimar que un jutge incompetent, en el marc de les primeres diligències o *diligències de prevenció*, pugui disposar aquesta resolució, sempre que disposi del material de fet necessari per fer l'indispensable *judici de ponderació* i, per descomptat, aquesta resolució no sigui fruit d'una manipulació de jutge legal amb tendència que un jutge més procliu a l'adopció de les escoltes n'entengui d'una de determinada sense tenir-ne competència. La STS 20 de febrer de 1995 va permetre aquestes resolucions dictades per jutges incompetents, sempre que es respecti el dret al jutge legal, que no pot ser cap altre que el que predetermini la Constitució, és a dir, el jutge independent i sotmès a l'imperi de la llei.

L'elaboració de l'acta del secretari no significa que el Tribunal sentencionador pugui estendre d'ofici sobre ella, sense més ni més, el seu coneixement (d'acord amb l'art. 726 LECr), ni tan sols que, tenint en compte la seva naturalesa de *prova documental preconstituïda* (STS 17 de febrer del 1995), el seu contingut es pugui introduir en el judici oral per mitjà de la *lectura de documents* (art. 730 LECr).

El resultat de l'escolta telefònica, si es fa amb respecte estricte de la Constitució i la LECr, genera un acte peculiar de *prova preconstituïda* que es diferencia dels altres supòsits de la prova sumarial en el fet que no cal que l'acta es llegeixi en el judici oral, sinó que el contingut s'ha de reproduir directament davant del Tribunal mitjançant l'audició (una vegada comprovada pericialment, si escau, la paternitat i l'autenticitat de les cintes magnetofòniques) dels suports magnètics, garantint-se, d'aquesta manera, el compliment més estricte dels principis d'oralitat, immediació i contradicció.⁵⁴

3.3.7 Termini de durada

D'acord amb l'art. 579.3, el termini de durada de les intervencions telefòniques, excepte sol·licitud de pròrroga, no pot ser superior a «tres mesos».

Tot i així, aquest termini és més teòric que real, ja que, com que en el nostre ordenament la intervenció del defensor es fa necessària després del primer acte d'imputació (art. 118.1 i 788.1) i en el nostre procés la regla general és la *publicitat* de la instrucció per a l'imputat, per tal d'evitar la frustració de l'escolta telefònica, el jutge d'instrucció s'ha de veure obligat a dictar, amb simultaneïtat a l'adopció de la intervenció telefònica, una altra resolució de declaració del secret instructori.

Ara bé, aquesta declaració de secret del sumari o de les diligències prèvies no pot estendre els seus efectes per a un termini superior a «un mes» (art. 302.2), perquè, complert aquest termini, el jutge ha de permetre que l'imputat tingui coneixement de totes les actuacions practicades. Per aquesta raó la utilitat pràctica de la mesura queda teòricament reduïda al *termini d'un mes*, sense que tingui cap sentit

54. SSTS 304/2008, de 5 de juny, 4 de novembre del 2003 —RJ 2003\7653—; 29 d'octubre del 2003 —RJ 2003\7330—; 18 de juliol del 2002 —RJ 2002\ 7999; 1 de març del 2001 —RJ 2001\1914—; 15 de juny del 1999 —RJ 1999\ 3888—; 14 de maig del 2001 —RJ 2001\ 5507.

sol·licitar pròrrogues a la intervenció telefònica, encara que, segons el tenor literal del art. 579.3, podrien ser il·limitades.

D'aquí que, per obviar aquests inconvenients, la pràctica forense recorre a les *diligències indeterminades*, que es duen a terme a l'esquena de la defensa i que permeten pròrrogues automàtiques cada tres mesos. Aquesta corruptela hauria de comportar una reforma legislativa que harmonitzés ambdós terminis de secret sumarial i d'intervenció de les comunicacions.

En qualsevol cas, tant la sol·licitud inicial com la de les pròrrogues successives han d'estar sotmeses a un control efectiu per part del jutge d'instrucció, raó per la qual s'ha de reputar inconstitucional la pràctica que consisteix a acordar la pròrroga de la intervenció per mitjà d'una mera providència o de qualsevol tipus de resolució estereotipada sense motivació.

El que és rellevant per a les resolucions de pròrroga és que el jutgador disposi dels elements de judici necessaris per decidir, d'acord amb el seu criteri professional ponderat, sobre la necessitat i la conveniència de continuar o no la mesura d'investigació que s'està duent a terme, i no és exigible, com a condició de regularitat de la pròrroga o d'una ampliació, l'audició completa de les cintes enregistrades sobre intervencions anteriors.⁵⁵

Si la intercepció telefònica es practica després d'expirar-ne el termini de l'autorització i abans que se n'autoritzi la pròrroga, s'ha d'entendre que és nul·la i, per això mateix, que les converses enregistrades durant aquests dies no poden desplegar efectes probatoris.⁵⁶

3.3.8 Valoració de la prova

Si el control judicial efectiu en qüestió no existís o, en general, la intervenció telefònica s'hagués adoptat amb vulneració del que disposa l'art. 18.3 CE o de qualsevol altre dret fonamental, sorgeix el problema consistent a determinar quina és l'extensió de la prohibició de valoració d'aquest resultat probatori: si ha de quedar cenyit al contingut fàctic de l'enregistrament magnetofònic i a les proves que directament en derivin o si, en canvi, s'ha d'estendre a totes les proves que, directament o indirectament, tinguin com a causa aquella prova de valoració prohibida.

Referent a això, s'ha de tenir molt en compte que les sentències condemnatòries sustentades en escoltes telefòniques inconstitucionals no només infringeixen l'art. 18.3 CE, sinó també la *presumpció d'innocència* o el dret «a un procés amb totes les garanties» de l'art. 24.2, ja que una de les garanties d'aquest dret fonamental consisteix a no ser condemnat mitjançant una prova obtinguda amb violació de les normes tuteladores dels drets fonamentals.

Fins l'any 1999, la jurisprudència del TC subsumia el restabliment d'aquest dret per mitjà de la presumpció d'innocència. A partir de la STC 49/1999 sol efec-

55. STC 82/2002, ATC 225/2004, STS 22 de juny del 2005 —RJ 2005\5516.

56. STC 82/2002, ATC 225/2004, STS 22 de juny del 2005 —RJ 2005\5516.

tuar aquesta subsumpció dins del dret a un procés amb totes les garanties,⁵⁷ si bé no falten decisions que encara l'inclouen en la presumpció d'innocència.⁵⁸ La qüestió no és intranscendent perquè, com que la infracció de la presumpció d'innocència és un vici *in iudicando*, el restabliment d'aquest dret fonamental l'ha d'efectuar el mateix TC mitjançant l'anul·lació de la sentència d'instància, cosa que equival a una sentència absolutòria. Però si se sosté la segona tesi, que inclou un vici *in procedendo*, aquest restabliment no ocasionarà l'absolució del condemnat, sinó la nul·litat del judici oral i la retroacció de les actuacions per tal que, a l'inici de les sessions, en la compareixença prèvia del procés penal abreujat, el tribunal decideixi admetre una altra prova vàlida de càrrec proposada per l'acusació, de la pràctica i la valoració de la qual dependrà l'absolució o la condemna de l'acusat.

Ara bé, per determinar si la infracció del dret al secret de les comunicacions també comporta la del dret fonamental a un procés amb totes les garanties, cal indagar l'extensió dels efectes d'aquella primera infracció, ja que, en puresa, hi ha la possibilitat que una sentència penal no se sustenti ni en la cinta magnetofònica obtinguda inconstitucionalment, ni en proves que en derivin (tal com el TC ha tingut ocasió de constatar en la seva STC 26 de març de 1996); en aquest cas l'única pretensió d'empara que pot quedar al particular és merament declarativa, sense perjudici de la deducció de la denúncia penal corresponent i de l'oportuna pretensió de rescabament que pogués plantejar el destinatari de l'escolta il·legal per exigir la reparació dels danys ocasionats per l'autoritat pública en haver-se entremès de manera il·legítima en la seva privacitat.

3.3.9 La connexió d'antijuricitat

En el moment actual, i després de diverses vacil·lacions jurisprudencials vistes a la teoria, la construcció del TC, des de la STC 81/1998 fins ara, descansa sobre la *connexió d'antijuricitat*, doctrina que la STC 167/2002 resumeix amb encert: «... en aquella sentència (la STC 81/1998) el TC va establir un criteri bàsic per determinar quan les proves derivades d'altres constitucionalment il·legítimes es podien valorar o no», cosa que va xifrar a determinar si, a més d'estar connectades des d'una perspectiva natural, entre unes i altres existia el que va denominar *connexió d'antijuricitat*. Per intentar determinar si aquesta connexió d'antijuricitat existeix o no, s'ha d'analitzar, en primer terme, «la índole i les característiques de la vulneració del dret al secret de les comunicacions, materialitzades en la prova originària, així com el seu resultat, amb l'objectiu de determinar si, des d'un punt de vista intern, la seva inconstitucionalitat es transmet o no a la prova obtinguda per derivació d'aquella; però, també, hem de considerar, des d'una perspectiva diguem-ne externa, les necessitats essencials de tutela que exigeix la realitat i l'efectivitat del dret al secret de les comunicacions. Aquestes dues perspectives són complementàries, perquè només si la prova reflexa resulta jurídicament aliena a la vulneració del dret i la

57. SSTC 171, 236/1999, 2002/2001, 28 i 167/2002, 184/2003...

58. SSTC 50 i 299/2000, 17, 138 i 141/2001, 167/2002.

prohibició de valorar-la no està exigida per les necessitats essencials de tutela d'aquest dret, s'haurà d'entendre que la seva apreciació efectiva és constitucionalment legítima, perquè no incideix de manera negativa sobre cap dels aspectes que configuren el contingut del dret fonamental substantiu».⁵⁹

D'acord amb aquesta doctrina, el jutgador ha d'examinar amb atenció la relació de causalitat existent entre el resultat probatori de la intervenció telefònica obtinguda inconstitucionalment i el dels altres mitjans de prova, de manera que, per estendre'n el coneixement a aquests altres mitjans de prova, ha de comprovar l'absència d'aquesta relació de causalitat o d'antijuridicitat o, dit amb altres paraules, s'ha d'acreditar que el fet punible s'ha provat, en qualsevol cas, amb independència de la prova il·lícita obtinguda infringint la Constitució.⁶⁰ D'aquesta doctrina s'infereix que, si el Tribunal hagués de fundar la seva convicció sobre altres proves, diferents de la intervenció telefònica, a causa de la seva il·licitud, haurà de plasmar en la sentència el *judici de desconexió* d'aquestes proves respecte a l'escolta telefònica inconstitucional.⁶¹

3.4 LES INTERVENCIONS DE LES DADES DE TRÀFIC I DEL CORREU ELECTRÒNIC

Si la LECr del 1882 no va poder tenir en compte les intervencions telefòniques, no ens ha d'estranyar que les intervencions dels correus electrònics via internet també es trobin, així mateix, sense regulació processal penal, raó per la qual exigeixen una nova i minuciosa previsió legislativa.

Però, mentre això no passi, s'ha de distingir entre la intervenció de la comunicació telemàtica *strictu sensu* i la de les *dades de tràfic*. Aquestes últimes són les que es generen o es tracten en el curs d'una comunicació i que difereixen del seu contingut material,⁶² és a dir, les dades d'identificació dels mitjans de comunicació electrònica emissors i receptors (entre els quals es troba l'IMSI —Mobile Subscriber Identity—),⁶³ tals com, en el cas de la telefonia de xarxa fixa i la mòbil, el número de telèfon de trucada i el nom i l'adreça de l'abonat o l'usuari registrat i, en el d'accés a internet, correu electrònic i telefonia per internet, la identificació assignada d'usuari, el número de telèfon, el nom i l'adreça de l'usuari o l'abonat registrat i les dades necessàries per identificar la destinació de la comunicació.⁶⁴

59. STC 11/1981 —RTC 1981\11—, F. 8 i 4; també, SSTC 49/1999, de 5 d'abril —RTC 1999\49—, F. 14; 166/1999, de 27 de setembre —RTC 1999\166—, F. 4; 299/2000, d'11 de desembre —RTC 2000\299—, F. 9). De manera que és possible que la prohibició de valoració de proves originals no afecti les derivades, si entre ambdues, en primer lloc, no existeix relació natural o si, en segon lloc, no es dona la connexió d'antijuridicitat (SSTC 166/1999, de 27 de setembre —RTC 1999\166—, F. 4; 171/1999, de 27 de setembre —RTC 1999\171—, F. 4; 299/2000, d'11 de desembre —RTC 2000\299—, F. 4, 167/2002, de 18 de setembre, 66/2009, de 9 de març).

60. Gösel.

61. STC 24 d'octubre del 2005.

62. González López.

63. Vegeu nota 12 de la pàgina 115 d'aquest dossier.

64. Per a una major concreció de les dades de tràfic, vegeu els art. 33 de la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions, i 3 de la Llei 25/2007, de 18 d'octubre, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i a les xarxes públiques de comunicacions.

Actualment, tant la jurisprudència⁶⁵ com els art. 1 i 6 de la Llei 25/2007 i l'article únic de la Llei orgànica 2/2002, de 6 de maig, reguladora del control judicial previ del Centre Nacional d'Intel·ligència (recau en un magistrat del TS la competència per autoritzar la intervenció de comunicacions sol·licitades pel Centre Nacional d'Intel·ligència) són prou explícits a l'hora d'exigir una *autorització judicial* expressa per obtenir de l'operador la cessió d'aquestes dades de tràfic, si bé la policia els pot obtenir sense necessitat d'aquesta autorització, des del mateix telèfon cel·lular concernit.⁶⁶ Ara bé, tal com indica agudament la STS de 20 de maig del 2008, atès que el subministrament del contingut de la informació de l'IMSI requereix la intervenció de l'operador, a la pràctica, la policia ha de demanar l'autorització judicial pertinent. Però si no existís servidor (cosa que passa amb els programes P2P) la policia pot efectuar la intervenció.

4. CONCEPTE I VALOR PROBATORI DE L'ATESTAT

En un sentit estricte, l'atestat es pot definir com l'activitat investigadora preliminar de la fase instructora, efectuada i documentada per la policia judicial i dirigida, amb caràcter urgent i provisional, a la indagació del delictes, al descobriment i la identificació del seu autor, a l'auxili de la víctima, a l'assegurament del cos del delictes i a l'adopció de determinades mesures cautelars penals i provisionals.

Quant al seu valor, l'art. 14 del RD 769/1987 de la policia judicial estableix «que tindrà el valor reconegut en les lleis», és a dir, cal remetre's al que disposen els articles 282 a 298 de la LECr. La mateixa LECr distingeix, en l'art. 297, entre les diligències de manifestació i les declaracions. Les *diligències de manifestació* tenen el mer valor de denúncia i les *declaracions testificals*, sempre que facin referència a fets de coneixement propi, s'han de considerar un acte d'investigació testifical. Però la mateixa LECr té en compte, a més, un altre tipus de diligències, que serien les que s'efectuen per ordre o requeriment de l'autoritat judicial (art. 287 i 296), pericials i testificals (art. 293), recollida d'efectes, instruments o proves del delictes la desaparició dels quals perillés (art. 282), actes instructoris tots, el valor probatori dels quals s'ha discutit àmpliament.

Amb caràcter general, la nostra jurisprudència atribueix a les diligències que configuren l'atestat el valor de mera *denúncia*, atès que aquest és el valor que li atorga l'art. 297 LECr i, d'acord amb reiterada doctrina del nostre TC, només es poden considerar proves incriminatòries «les que es practiquin en el judici oral, amb l'exigència dels principis d'igualtat, contradicció, mediació i publicitat» (per a totes, STC 43/1999, de 22 de març). La jurisprudència constitucional, amb la STC 31/1981, ha afirmat que únicament es poden considerar proves autèntiques, que vinculin els òrgans de la justícia penal en el moment de dictar sentència, les que es practiquin

65. STJCE, de 29 de gener de 2008 —en l'àmbit del procés civil— i SSTS 130/2007, de 19 de febrer i de 20 de maig de 2008 —la Llei 68707/2008.

66. SSTS 3 de març del 2000, de 25 de setembre de 2000, etc.

en el judici oral sota la vigència dels principis d'igualtat, contradicció, immediació i publicitat. Quant a l'atestat policial, és constant i uniforme la doctrina que diu que gaudeix del valor de la denúncia hàbil per a la incoació de la instrucció (art. 297 LECr), però no és un mitjà, sinó un objecte de prova.

Ara bé, la mateixa jurisprudència del TC i el TS ha fet distincions importants entre el valor de l'atestat, considerat en si mateix, i el de les diligències que el poden acompanyar, per exemple, el certificat mèdic expedit per un facultatiu; en aquest cas és obvi que el certificat mèdic no pot perdre el caràcter de prova pericial, per molt que acompanyi l'atestat, ja que, en tot cas, constituïria un dictamen professional, al qual no es pot atorgar el mer valor de denúncia. Una cosa similar passa amb les *actes de constància*, a les quals fa referència l'art. 770.2, que tenen tot el valor de la *prova preconstituïda* i en les quals, per mitjà de fotografies, croquis, etc., del que es tracta, únicament per raons d'urgència, és de deixar constància de determinats elements de la realitat externa, o amb determinades actuacions de la policia judicial, com és el cas de l'acta policial de recollida de mostres, que també poden arribar a tenir el valor de prova preconstituïda.

La doctrina constitucional relativa al valor probatori de l'atestat policial es resumeix en els extrems següents:

- a) Només es pot concedir a l'atestat valor d'autèntic element probatori si és reiterat i ratificat en el judici oral, normalment mitjançant la declaració testifical dels agents de policia que el firmen.⁶⁷ En conseqüència, vulnera el dret a la presumpció d'innocència la sentència condemnatòria que es dicti sobre l'única base de l'atestat policial no ratificat.⁶⁸
- b) Malgrat el punt anterior, l'atestat té virtualitat probatòria pròpia quan contingui dades objectives i verificables, perquè hi ha parts de l'atestat, com poden ser les *actes de constància* (art. 770.2), els croquis, els plànols, les empremtes, les fotografies, que, sense estar dins del perímetre de la prova preconstituïda o anticipada, es poden fer servir com a elements de judici coadjuvants, sempre que s'introdueixin en el judici oral com a prova documental per tal de possibilitar-ne la contradicció efectiva per les parts.⁶⁹

Així mateix, quan els atestats contenen determinades perícies tècniques fetes pels agents policials —per exemple, el test alcoholimètric— i que no es poden reproduir en l'acte del judici oral, és possible considerar aquestes perícies activitat probatòria, a títol de *prova pericial preconstituïda*, sempre que l'atestat s'incorpori al procés i es ratifiqui degudament.⁷⁰ Per la mateixa raó, les perícies tècniques que s'adjunten a l'atestat —com pot ser el certificat del metge forense— no perden,

67. SSTC 100/1985, 101/1985, 145/1985, 173/1985, 49/1986, 145/1987, 5/1989, 182/1989, 24/199, 138/1992, 303/1993, 51/1995, 157/1995 i 222/2001 i 188/2002; STS 7 d'abril del 2005 —RJ 2005\7680—; SSAP Madrid 10.12.2002 —JUR 2002/73905— i 2-6-2003 —JUR 2003/246574.

68. SSTC 173/1985, 49/1986, 182/1989 i 303/1993 i 188/2002.

69. SSTC 107/1983, 201/1989, 132/1992, 303/1993, 157/1995, 33/2000 i 188/2002.

70. SSTC 100/1985, 145/1985, 5/1989 i 188/2002.

per això, el seu caràcter propi i constitueixen proves preconstituïdes que despleguen tota la validesa probatòria si s'incorporen degudament al procés (per al certificat forense, STC 24/1991).

Finalment, pel que fa al caràcter de prova documental de l'atestat policial, cal precisar que l'atestat, amb independència de la seva consideració material de document, no té, com a regla general, el caràcter de prova documental, ja que, fins i tot en els supòsits en què els agents policials que hagin intervingut en l'atestat prestin declaració en el judici oral, les seves declaracions tenen la consideració de prova testifical (STC 217/1989). Només en els casos esmentats anteriorment —actes de constància, croquis, plànols, test alcoholimètric, certificats mèdics, etc.— l'atestat policial pot tenir la consideració de prova documental, sempre que, com hem subratllat, s'incorpori al procés en qualitat de prova preconstituïda, i que es respectin, en la mesura que sigui possible, els principis d'immediació, oralitat i contradicció i s'introdueixi en el judici oral mitjançant la lectura de documents (STC 33/2000 i 80/2003).