

# MEDIDAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

VICENTE GIMENO SENDRA  
Magistrado Emérito del T.C.  
Catedrático de Derecho Procesal  
UNED

## 1. Introducción

Hasta hace relativamente poco nuestro Tribunal Constitucional afirmaba con rotundidad que en nuestro proceso penal: *entre la libertad y la prisión no existen zonas intermedias*<sup>1</sup>.

Hoy dicha afirmación merece ser revisada. Cobraba todo su sentido en la redacción originaria de la LECRIM de 1882, en la que, con independencia de las diligencias de entrada y registro y de la intervención de la correspondencia postal y telefónica, no existía otra medida limitativa de los derechos fundamentales que la prisión provisional para preservar el riesgo de fuga del imputado. Nuestra LECRIM se manifestaba coherente con los Códigos Penales de la época que convertían a la pena de prisión en la “reina de las penas”.

Pero esta situación cambió radicalmente cuando nuestro C. P. de 1995 modificó nuestro sistema punitivo y, en lugar de la pena de prisión, situó, como pena tipo, a las privativas de derechos (art. 39), permitiendo la suspensión de las penas privativas de libertad, así como su sustitución por otras privativas de derechos (art. 83).

Una vez efectuada esta reforma material, el legislador procesal, tras sucesivas reformas, está procediendo a adelantar a la instrucción no pocas de estas medidas limitativas de los derechos fundamentales del imputado.

## 2. Las resoluciones provisionales: determinación

A estos nuevos actos del Juez de Instrucción, restrictivos de derechos, les hemos denominado “resoluciones provisionales”, las cuales se erigen en una nueva categoría de actos coercitivos<sup>2</sup> del Juez y limitativos de determinados derechos

---

<sup>1</sup> SSTC 56/1997 (Sala Primera), de 17 marzo -RTC 1997\56-, 129/1990 -RTC 1990\129-, 89/1987 -RTC 1987\89-.

<sup>2</sup> Como actos o medidas coercitivas configuran a las órdenes de protección: ARAGONESES MARTÍNEZ, *op. y loc. cit.*, SENÉS MONTILLA, *Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género*, La Ley, núm. 6644, de 5 de Febrero de 2077, pág.1, MUERZA ESPARZA, *Comentario a la Ley integral contra la violencia de género*, Pamplona, 2005, pág. 79.

fundamentales del imputado, que nada tienen que ver ya con las clásicas medidas cautelares.

Veamos un poco más detenidamente cuáles sean tales resoluciones provisionales:

A) La prohibición de residencia del imputado por un delito de violencia de género

En un orden cronológico, una de las primeras resoluciones provisionales que, en este sentido, surgieron en nuestro proceso penal consistió en la prohibición de residencia al imputado por la comisión de un delito contra la violencia de género.

Dicha prohibición fue instaurada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, la cual introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) un nuevo precepto, el art. 544 bis, en cuya virtud *en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal*<sup>3</sup> (esto es, fundamentalmente los cometidos contra las personas entre cónyuges o uniones de hecho) *el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer «cautelariamente» al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle «cautelariamente» la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios,*

---

<sup>3</sup> El art. 57 C.P. contempla un listado de los más graves delitos, tales como el *homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*, con respecto a los cuales permite la pena privativa del derecho a la residencia, aproximación o comunicación con la víctima. Si además el sujeto pasivo del delito fuera *cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados*, el Juez ha de disponer la prohibición del condenado de aproximarse a la víctima, su domicilio o lugar de trabajo y la suspensión de la patria potestad con los hijos por un tiempo no superior a diez años, si el delito fuera grave o de cinco, si fuera menos grave.

Para el adecuado cumplimiento de esta prohibición de aproximación a la víctima, el art. 48.4 (redactado por la L.O. 15/2003, de 25 de Noviembre, de reforma del C.P.) faculta al Juez a disponer el establecimiento de medios de control electrónico que, como es el caso de las “pulseras electrónicas”, permiten, a través del G.P.S., determinar la ubicación exacta del imputado; asimismo el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario (R.D. 190/1996, de 9 de Febrero) permite eludir pernoctar en el establecimiento penitenciario si el penado acepta voluntariamente *el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente*.

Posteriormente el art. 64.3.II de la L.O. 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género faculta al Juez de Instrucción adoptar esta medida dentro de la fase instructora.

*provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.*

Dicha prohibición de residencia, junto con la atención sanitaria, de seguridad, asistencia social y jurídica de la víctima, integran hoy el contenido esencial de las “órdenes de protección” que, introducidas por la Ley 27/2003, han de dictar los Juzgados especializados de Violencia contra la mujer, quienes están facultados para disponer la prohibición del imputado de aproximarse a la víctima, a su domicilio o lugar de trabajo, pudiéndole fijar una distancia mínima entre él y la ofendida que no podrá rebasar. A tal efecto, y a fin de garantizar su efectivo cumplimiento, el Juez de Instrucción puede constreñirle incluso a portar algún elemento electrónico que permita determinar su localización inmediata (art. 64.3 L.O. 1/2004)<sup>4</sup>.

El incumplimiento, por parte de su sujeto pasivo, de dicha prohibición de comunicación o residencia, permitirá, de un lado, y no obstante su condición de imputado, deducir, contra él, testimonio por desobediencia<sup>5</sup> y, de otro, posibilitará la apertura de la audiencia previa a la adopción de la prisión provisional, de tal suerte que esta resolución puede finalizar mediante su conversión en una auténtica medida cautelar, como lo es la prisión preventiva.

#### B) La prisión provisional por motivo distinto al peligro de fuga

También esta clásica medida cautelar penal sufrió, mediante la reforma a la LECRIM operada por la L. O. 13/2003, de 24 de octubre, una profunda transformación como consecuencia de haber incorporado, junto al clásico motivo consistente en asegurar la presencia del imputado al juicio oral, dos nuevos fines que tampoco tienen nada que ver con dicha naturaleza cautelar. De este modo, el actual art. 503.1.3 faculta al Juez a dictar la prisión, no sólo, como viene siendo tradicional, para *asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga* (tal y como reza el epígrafe “a” del art. 503.1.3), sino también para *evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba* (art. 503.1.3.b), así como para

---

<sup>4</sup> Art. 64.3: “El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.” En general, sobre el arresto domiciliario bajo control electrónico puede verse: RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “La paulatina erradicación de la prisión preventiva: un análisis progresivo bajo las especialidades de las nuevas tecnologías”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de Febrero de 2009, núm. 2078, págs. 244 y s.s.; MAGRO SERVET, “La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, 11 de Diciembre de 2008, núm. 7074, págs. 2 y s.s.

<sup>5</sup> Ésta, y no otra, ha de ser la calificación penal a la que se refiere el párrafo tercero del art. 64.3 de la mencionada L.O. 1/2004, conforme al cual “*el Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.*”

*evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima*, especialmente en los delitos de violencia de género (art. 503.1.3.c).

Pues bien, con respecto a estos dos novedosos motivos de adopción de la prisión provisional lo primero que hay que decir es que, en modo alguno participan de la naturaleza de las medidas cautelares, pues ni están dirigidos a asegurar la presencia del imputado a la llamada del juicio oral, ni a posibilitar el cumplimiento de la eventual sentencia penal de condena, sino a conjurar el peligro de destrucción de las fuentes de prueba y, en el caso del de reiteración delictiva<sup>6</sup>, a procurar la tutela de la víctima.

a) El peligro de oscurecimiento de la prueba

En relación al primero de ellos, el peligro de ocultación o de oscurecimiento de la prueba, cabe señalar que, con anterioridad a la reforma de 2003 ya se utilizaba en nuestra práctica forense con ocasión de la persecución de la delincuencia económica, de tal suerte que dicha reforma, inspirándose en el párrafo 112.3.a de la StPO alemana, no ha hecho otra cosa, sino sancionar lo que ya había “legitimado” nuestra jurisprudencia<sup>7</sup>.

En la actualidad, a través de este motivo, puede el Juez disponer también la prisión preventiva de imputados relacionados con el fenómeno conocido como “criminalidad organizada”, cuando exista el riesgo fundado de que puedan coaccionar a testigos y peritos para que emitan una inveraz declaración o informe favorable a su defensa. Así se deduce implícitamente de lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 503.1.3.b, según el cual *para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo*<sup>8</sup>.

Pero, como se ha indicado, en la práctica forense, la utilización de este motivo sucede fundamentalmente en la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción política, en donde la obtención de la genuinidad del cuerpo del delito pasa por dictar la puesta inmediata en prisión provisional del imputado a fin de que éste no proceda a la destrucción o alteración de la prueba documental o a la de las informaciones contenidas en el disco duro de su ordenador.

---

<sup>6</sup> En realidad el motivo contemplado en art. 503.3.c resulta ser un tanto redundante, a la luz de lo dispuesto en el número segundo del mismo precepto: *También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1 y 2 del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, ya que actuar contra bienes jurídicos de la víctima supone también la comisión de nuevos delitos.*

<sup>7</sup> Lo que ocasionaba la flagrante violación del principio procesal de legalidad. Pero las SSTC 198/1995 y 98/1997 (Fundamento Jurídico 4<sup>o</sup>) no lo entendieron así y legitimaron la adopción de la prisión por aplicación de este entonces inexistente motivo.

<sup>8</sup> Si bien, dicha situación puede ser conjurada también mediante la aplicación del motivo de riesgo de reiteración contenido en el la letra “c” del art. 503.1.3 o en el número segundo del mismo precepto.

Una vez intervenido el cuerpo del delito, decae la utilidad de la medida y no se justifica. Por ello, porque esta situación de peligro no dura indefinidamente, el legislador somete a un plazo máximo de duración de la prisión inferior al de los otros motivos<sup>9</sup>.

b) La reiteración delictiva

También el peligro de reiteración delictiva fue un motivo, que reconocido con anterioridad por la jurisprudencia del T. C.<sup>10</sup> como fin legítimo de la prisión provisional, fue incorporado a nuestra LECRIM por la referida reforma de 2003.

Dicho peligro aparece regulado en dos distintos apartados del art. 503: uno que podríamos denominar *común*, es el contemplado en su número segundo, en cuya virtud puede decretarse la prisión provisional *...para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos*, y otro, que podríamos calificar como *cualificado*, se encuentra previsto en la letra “c” del art. 503.1.3 y resulta procedente para *evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal* (es decir, los imputados por violencia de género). La diferencia posee sus consecuencias prácticas, ya que, en el primer caso, para que se justifique la prisión provisional, es necesario que el hecho punible tenga una pena igual o superior a los dos años de prisión, en tanto que, en el ámbito de la delincuencia de género, basta la atribución de cualquier delito, aunque no revista gravedad alguna, para que resulte procedente la prisión preventiva.

Como se podrá observar, el común denominador de ambos motivos reside en su finalidad, cual es la preservación de la víctima, actual o futura, de la comisión, contra ella, de eventuales delitos, distinguiéndose exclusivamente por la naturaleza de su sujeto pasivo: el cónyuge o titular de una unión de hecho en el tipo cualificado, y cualquier víctima del delito en el tipo común, aplicándose, en la práctica y en este último caso, con respecto a la delincuencia callejera y, de modo especial, en el ámbito de los juicios rápidos.

C) Otras resoluciones judiciales no cautelares

Las prohibiciones de residencia y la prisión provisional por oscurecimiento de la prueba y reiteración delictiva no agotan la totalidad de las resoluciones judiciales que nos ocupan, pues, junto a ellas, coexisten otras que, ocasionando también una restricción de determinados derechos fundamentales del imputado y participando, al igual que ellas, de determinadas notas propias de las medidas cautelares, ello no obstante, no están destinadas a garantizar el efectivo cumplimiento de la Sentencia, sino a obtener un determinado comportamiento del imputado.

---

<sup>9</sup> Y, así, de conformidad con lo dispuesto en los números segundo y tercero del art. 504, en tanto que en los demás supuestos dicho plazo es de 1 año, en el de oscurecimiento de la prueba no puede exceder de los 6 meses.

<sup>10</sup> SSTC 62/1996, 44/1997 y 47/2000.

En este sentido, como resoluciones provisionales cabe igualmente reputar los controles policiales de alcoholemia, las inspecciones e intervenciones corporales, la sustitución de la prisión provisional de un drogadicto por el cumplimiento de un programa de deshabituación<sup>11</sup>, la privación, en la instrucción, del permiso de conducción, la suspensión provisional de la función o cargo público del procesado en situación de prisión provisional y sospechoso de pertenecer a una organización terrorista (art. 384 bis)<sup>12</sup>, la clausura temporal de una empresa y suspensión temporal de las actividades de una sociedad<sup>13</sup>, así como el secuestro de las publicaciones con la consiguiente prohibición de difusión de las noticias constitutivas de delitos cometidos a través de medios o soportes mecánicos de difusión.

### 3. Concepto y notas esenciales

Tal y como se ha avanzado, las resoluciones provisionales penales constituyen una nueva categoría de actos coercitivos<sup>14</sup> del Juez y limitativos de determinados derechos fundamentales del imputado, mediante los cuales se le ocasiona el surgimiento de determinadas obligaciones procesales tendentes a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal, cuales son la aplicación del “*ius puniendi*” del Estado, la tutela de la víctima y su propia reinserción social.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales.

---

<sup>11</sup> Dispone el art. 508.2 C.P. con arreglo a su redacción operada por la L.O. 15/2003, de 25 de Noviembre, de reforma del C.P. que “*en los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.*”

<sup>12</sup> Este polémico efecto del procesamiento fue introducido por la reforma operada a la LECRIM por la L.O. 4/1988. De conformidad con la doctrina del TC, plasmada en la STC 71/1994, la naturaleza de esta medida no es asimilable a la de las penas. Por esta razón, no contraviene la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, que exige una actividad probatoria previa de cargo, ni vulnera tampoco el derecho al acceso de cargos y funciones públicas del art. 23.2 CE, que la doctrina del TC, como es sabido, extiende al derecho a su permanencia y en la que incidiría esta medida provisional, ya que dicho derecho fundamental lo es de configuración legal y el legislador puede restringir su ejercicio siempre que la medida sea proporcionada a fines legítimos y constitucionalmente protegidos, cual es, en nuestro caso, la prevención general de la comisión de nuevos delitos de terrorismo.

<sup>13</sup> Art. 129.2 en relación con las letras “a” y “c” de su número 1º.

<sup>14</sup> Como actos o medidas coercitivas configuran a las órdenes de protección: ARAGONESES MARTÍNEZ, *op. y loc. cit.*, SENÉS MONTILLA, “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *La Ley*, núm. 6644, de 5 de Febrero de 2077, pág.1; MUERZA ESPARZA, *Comentario a la Ley integral contra la violencia de género*, Pamplona, 2005, pág. 79.

### A) La restricción de los derechos fundamentales

La primera nota que se infiere es la de que las resoluciones provisionales son *actos limitativos de los derechos fundamentales* del imputado. Y, así, las prohibiciones de residencia afectan al derecho a la libre circulación del art. 19 C.E.; la prisión provisional por peligro de ocultamiento de la prueba o de reincidencia, los controles de alcoholemia<sup>15</sup> y el sometimiento voluntario del imputado a un programa de desintoxicación restringen el derecho a la libertad del art. 17 C.E.; la prueba alcoholométrica afecta a la presunción de inocencia del art. 24.2; las inspecciones e intervenciones corporales a los derechos a la intimidad y a la integridad física del imputado previstos en los arts. 18.1 y 15 C.E.; la privación del permiso de conducción tutela el derecho a la vida e integridad física, pero de los demás conductores (art. 15 C.E.); la suspensión provisional de la función o cargo público del terrorista procesado y preso restringe el derecho a la permanencia en los oficios y cargos públicos contenido en el art. 23.2 C.E.; la suspensión temporal de las actividades de una sociedad o empresa a los derechos de asociación del art. 22 y de libertad de empresa del art. 38 y el secuestro y prohibición de las publicaciones incide gravemente en las libertades de expresión y transmisión de información veraz del art. 20 C.E.

Siendo ello así, al erigirse en resoluciones limitativas del libre ejercicio de los derechos fundamentales, es claro que, como examinaremos más detenidamente en el epígrafe siguiente, las resoluciones provisionales han de estar sometidas al más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

### B) Las obligaciones procesales del imputado

En segundo lugar, las resoluciones provisionales ocasionan, en el imputado, el nacimiento de determinadas obligaciones procesales, que conllevan la realización, a su costa, de determinadas prestaciones, tanto positivas, como negativas. De este modo: a) las prohibiciones de residencia hacen surgir la obligación negativa del imputado de abstenerse de acercarse a la víctima, a su perímetro de residencia y al del lugar de su trabajo, todo ello, como se ha dicho, con el apercibimiento de la comisión de un delito de desobediencia (art. 64.3 L.O. 1/2004) y el riesgo de conversión de esta resolución en otra más lesiva a sus derechos fundamentales, como lo es la prisión provisional; b) la prisión provisional por peligro de

---

<sup>15</sup> Las pruebas alcoholimétricas pueden además afectar a los derechos a la integridad física (art.15), a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (arts. 17.3 y 24.2), y a la presunción de inocencia (art. 24). Pero, para el T. C., sólo tienen incidencia en esta última garantía constitucional (cfr.: SSTC 100/1985, 30 de octubre; 88/1988, de 9 de mayo; 89/1988, de 9 de mayo; 138/1992, de 13 de octubre; 303/1993, de 25 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre, 234/1997, de 18 de Diciembre...). “Al no poder considerar que la obligación de someterse a estas pruebas sea contraria al derecho constitucional a no declarar contra sí mismo ni al de no confesarse culpable el carácter obligatorio de las mismas no suscita problemas de constitucionalidad.” (STC 234/1997, de 18 de Diciembre).

ocultamiento de la prueba o de reiteración delictiva pretende reforzar la obligación del imputado de probidad en la conservación de la prueba documental y la autenticidad de la prueba testifical y pericial; c) el sometimiento voluntario a un programa de desintoxicación conlleva la obligación de cumplirlo y de abstenerse el inculpa-do de salir del centro hospitalario sin autorización judicial, todo ello bajo la sanción de irrogación de la prisión provisional; d) los controles de alcoholemia, las inspec-ciones e intervenciones corporales conllevan la obligación del imputado de sopor-tarlos bajo la sanción de ser procesado como autor de un delito de desobediencia<sup>16</sup>; e) la suspensión del permiso de conducción implica la obligación de su exhibición a los agentes de la Autoridad policial (art. 59.3 R.D.-Leg. 339/1990, de 2 de Marzo) o judicial y la de colaboración en su entrega (art. 529 bis LECRIM); f) finalmente, la suspensión temporal de sociedades y empresas, en general, y el secuestro y prohibición de editar y difundir publicaciones delictivas, en particular, presupone la obligación de soportar estas medidas y el cumplimiento de la prestación futura de abstenerse de realizar tales actividades, todo ello con el apercibimiento al imputado de ser procesado también por la comisión de un delito de desobediencia (arts. 816 y 8223 bis.II LECRIM)<sup>17</sup>.

La instauración de estas obligaciones procesales de las partes no es extraña en los ordenamientos procesales. Aparecen, por vez primera, en el proceso civil, tras la reforma de Franz KLEIN a la ZPO austriaca de 1895 y hoy están establecidas en todos los ordenamientos que han consagrado el modelo de la “justicia civil social”<sup>18</sup>, una de cuyas finalidades esenciales consiste en sujetar a las partes al cum-plimiento de los fines del proceso en orden a que el Juez pueda dispensar una justicia civil material. Para el logro de esta finalidad, junto a las posibilidades y cargas procesales, aparecieron y acabaron instaurándose en los Códigos Procesales civiles europeos (y, de entre ellos, el nuestro, tras la promulgación de la LEC 1/2000), las obligaciones de las partes de comparecencia, de veracidad y probidad (art. 247 LEC), de soportar un análisis sanguíneo para la investigación de la paternidad (art. 767.4 LEC), de exhibición de documentos (arts. 256.1, 270.2 y 328 LEC) y del patrimonio (art. 589 LEC).

---

<sup>16</sup> El sometimiento del conductor a las pruebas de aire espirado constituye una obligación y la negativa puede ser sancionada, en calidad de infracción administrativa, como falta grave y justifica la retención del vehículo (arts. 65.4 y 70 RDLeg. 339/90 y 25.2 y 26.2 RGC), pudiendo constituir delito de desobediencia (art. 380 en relación con el art. 556 CP). Con respecto a las inspecciones e intervenciones corporales, parece que, de la redacción del art. 322.II LECRIM (...*A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad*), se infiere que podrá el Juez apercibir al imputado con la comisión de dicho delito si no colabora en la práctica de estas medidas.

<sup>17</sup> Es cierto que tampoco estos preceptos prevén dicha sanción de la pena del delito de desobediencia, pero así debe inferirse, ya que, de lo contrario, resultarían infructuosas ambas medidas. Vide al respecto mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2008.

<sup>18</sup> GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pág. 12; WASSERMANN, *Der sociale Zivilprozess*, Neuwied, 1978, págs. 97 y ss.



### C) Sus límites

Pero el principal problema que plantea la traslación de dichas obligaciones procesales al proceso penal es su choque o contradicción con los derechos fundamentales del imputado al silencio y de defensa, sancionados por el art. 24.2 C.E. La vigencia de dichos derechos fundamentales ocasiona que la obligación de comparecencia del imputado en realidad no lo sea, sino una mera carga, cuyo incumplimiento tan sólo puede acarrearle los desfavorables efectos de la “rebeldía” (art. 834 LECRIM); lo mismo ocurre con la obligación de veracidad de las partes, que tampoco puede gravitar sobre el imputado, a quien le ampara su derecho fundamental al silencio, razón por la cual no puede incurrir en un delito de falso testimonio, lo que ocasiona que sus mentiras queden impunes en los hechos que a él le afectan<sup>19</sup>.

Pero, en todo lo referente, al menos, a las obligaciones procesales tendentes a la averiguación de la verdad en el proceso penal, esto es, a la determinación del hecho punible y la participación de su autor, constituye una doctrina del T. C., nacida con ocasión de la aplicación de los métodos alcoholométricos, la de que su práctica no contraviene, ni el derecho del conductor a no declarar contra sí mismo, ni la presunción de inocencia, pues su sometimiento no implica necesariamente su condena, ya que son métodos neutros (si existe impregnación alcohólica en la sangre podrá suceder una condena, pero, si no la hay, se acreditará su inocencia)<sup>20</sup>. Por ello —concluye el T. C.—, todo conductor está obligado a soportar la práctica de una prueba de aire expirado.

Y es que también al imputado le asiste el cumplimiento de determinadas obligaciones procesales, las cuales tienen su anclaje constitucional en el art. 118 C.E., en cuya virtud todos tienen la obligación de *prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso*”.

De aquí que pueda reclamarse la legitimidad de la instauración en el Código Procesal Penal de ciertas obligaciones procesales del imputado, que permitan alcanzar, en el proceso penal, un bien o interés constitucionalmente protegido, siempre y cuando no contradigan sus derechos fundamentales al silencio, a no declarar contra sí mismo y de defensa.

## 4. El principio de proporcionalidad

Ahora bien, la instauración de las resoluciones provisionales no puede quedar al arbitrio del legislador. Si, como ha quedado dicho, tales resoluciones inciden en determinados derechos fundamentales del imputado, es evidente que, de confor-

---

<sup>19</sup> SSTC 63, 68, 69 y 70/2001; 2, 57, 68, 70, 125, 155, 181, 207 y 233/2002; 190/2003; 17/2004, de 23 de febrero; 118/2004, de 12 de julio; STS 1191/2004, de 21 de octubre, 522/2008, de 29 de Julio...

<sup>20</sup> SSTC138/1992, de 13 de octubre; 303/1993, de 25 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre...

midad con la doctrina del T. C., han de estar informadas por el principio de proporcionalidad.

Como es sabido, el cumplimiento de dicho principio exige la observancia de los siguientes requisitos: a) en primer lugar, que la medida lesiva del derecho fundamental persiga un fin constitucionalmente legítimo; b) en segundo, que esté prevista expresamente en la ley; c) en tercero que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada y, d) finalmente, que sea idónea, necesaria y no exista otra medida menos gravosa para el derecho fundamental a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin legítimo.<sup>21</sup>

Veamos un poco más detenidamente la aplicación de estas exigencias constitucionales a las resoluciones provisionales:

#### A) Fin o interés legítimo

La resolución provisional no puede perseguir, ni, por tanto, ser instaurada para la consecución de cualquier fin o interés, sino para la protección de un bien o interés *constitucionalmente* protegido que legitime la limitación o sacrificio del derecho fundamental concernido.

En este sentido cabe señalar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el *ius puniendi* del Estado<sup>22</sup> y la tutela judicial de la víctima<sup>23</sup> integran bienes constitucionales que posibilitan la lícita instauración de correlativas obligaciones del inculpado a fin de garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal. A dicha relación todavía cabría incorporar la finalidad de reinserción social del imputado que, prevista en el art. 25 C.E. como orientativa de las penas privativas de libertad, con mayor razón ha de extenderse a las medidas cautelares penales<sup>24</sup>, y, en general, a todo el proceso penal contemporáneo.

Éstos y no otros deben ser los únicos fines constitucionales que pueden permitir la instauración de una resolución provisional.

---

<sup>21</sup> STC 70/2002 (Sala Primera), de 3 abril Recurso de Amparo núm. 3787/2001. RTC 2002\70. Vid. por todos GONZÁLEZ-CUELLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1991.

<sup>22</sup> SSTC 37/1989, 103/1992, 207/1996...

<sup>23</sup> SSTC 16/2001, 215 y 138/1999, 218/1997... En la STC 59/2008, de 14 de Mayo, el T. C. ha podido declarar la constitucionalidad del art. 153.1 C.P., que agrava la penalidad del delito de lesiones cometido por el varón contra su mujer, *porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres.*

<sup>24</sup> Ya que puede reinsertar más la conminación de la aplicación de una pena privativa de libertad o su sustitución en la instrucción por otras privativas de derechos, que dicha pena privativa o la adopción de la prisión provisional, sobre todo contra jóvenes delincuentes no reincidentes, con sus criminógenos efectos que siempre comporta.

Por el contrario, estándares jurídicos, como es el caso, por ejemplo, del motivo de prisión provisional consistente en la “alarma social”, que no obstante sus orígenes espurios<sup>25</sup>, permaneció vigente hasta el año 2003 en el hoy derogado art. 504.2 LECRIM<sup>26</sup>, en modo alguno justificaría hoy el sacrificio del derecho fundamental a la libertad del art. 17 C.E. Y es que, por muy intensos y respetables que sean, los sentimientos sociales de “vindicta”, nunca pueden legitimar dicho sacrificio del derecho a la libertad, pues, como afirmó la STC 47/2000, que declaró inconstitucional dicho precepto, *la prisión provisional no puede estar concebida como una pena anticipada que pueda cumplir fines de prevención general*.

El establecimiento, sin embargo, de un motivo de prisión provisional por “grave alteración del orden público”, en el bien entendido de que este estándar jurídico, en una sociedad democrática, ha de tutelar, no el principio de autoridad, sino el libre ejercicio de los derechos constitucionales<sup>27</sup>, podría legitimar la restricción del derecho a la libertad. Y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>28</sup>.

En nuestro ordenamiento procesal se hace obligado afirmar que las resoluciones provisionales existentes en la LECRIM cumplen sobradamente con esta exigencia, ya que, bien tienden a posibilitar la actuación del “*ius puniendi*” (así, la prisión provisional por oscurecimiento de la prueba, los controles de alcoholemia o las intervenciones corporales), bien la tutela de la víctima (la prisión por peligro de reiteración delictiva, las órdenes de protección, la privación del permiso de conducción y el secuestro y prohibición de difusión de las publicaciones), bien la reinserción del imputado (éste es el caso del sometimiento voluntario del drogadicto a un programa de desintoxicación como medio de elusión de la prisión

---

<sup>25</sup> En última instancia el motivo de prisión provisional por alteración del “orden público” se remonta (según PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, Paris, 1995, pág. 504) a la reforma de 1935 al CPP danés, que dispuso la prisión provisional por razones de “interés público” y que se aplicaba en procesos por delitos tales como el de violación simplemente por el daño que proporcionaba a la Administración de Justicia la permanencia en libertad del imputado. Paralelamente la Novela nacionalsocialista incluyó, como motivo de prisión el concepto de “irritación social” (o “*Erregung in der Öffentlichkeit*”), que permaneció vigente hasta 1945, de donde pudo pasar a la Ley francesa de creación de la “*Cour de Sureté de l’Etat*”, creada para combatir los sucesos provocados por la guerra de Argelia. En la actualidad, el referido motivo de protección del “orden público” se mantiene vigente en países, tales como Bélgica, Francia o Portugal (HARREMOES, *La detention provisoire. Des questions a débater*, Seminario Internacional, op. cit., 6.2.a). En nuestro país, el concepto de “alarma” se introduce con la promulgación de la LECRIM de 1882, si bien se incorpora el calificativo de “social” a raíz del D-L. 2 de Marzo de 1957, que convirtió en obligatoria la prisión provisional en todos los procesos penales instaurados por la comisión de delitos contra la seguridad interior del Estado; también la Ley creadora del Tribunal de Orden Público mantuvo el concepto de “alarma social” (ASENCIO, *La prisión provisional*, Madrid, 1987). Sobre la historia de este polémico estándar, véase el voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 98/1997.

<sup>26</sup> Hasta que fue definitivamente derogado por la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>27</sup> SSTC 6/1983, 19/1985, 43/1986, 43/1988, 59/1990; ATC 116/1992...

<sup>28</sup> Cfr.: SSTEDH “Letellier”, de 26 de Junio de 1991, “Kemmache”, de 27 de Noviembre de 1991, “Tomasi” de 27 de Agosto de 1992.

preventiva), valores o intereses todos ellos que, como se ha indicado, se erigen en bienes constitucionalmente protegidos, que justifican la restricción de determinados derechos fundamentales del sujeto pasivo de la instrucción.

#### B) Legalidad.

En segundo lugar, una resolución provisional limitativa de un derecho fundamental ha de estar prevista en la Ley. La razón es clara: en un sistema democrático tan sólo el Parlamento (y nunca la potestad reglamentaria) puede determinar los supuestos y las condiciones de limitación del libre ejercicio de un derecho fundamental. De aquí, que tanto el Tribunal Europeo con ocasión de la interpretación del art. 18.1 CEDH<sup>29</sup>, como el Constitucional<sup>30</sup>, desde siempre hayan proclamado la necesidad de que la medida limitativa esté prevista en una Ley y, en nuestro país, si afectaran al derecho a la libertad, dicha Ley habrá de ser además aprobada mediante el sistema reforzado de mayorías, propio de la Ley Orgánica (arts. 53.1 y 81.1 C.E.).

En nuestro ordenamiento procesal, cabe afirmar que la práctica totalidad de las resoluciones provisionales cumplen hoy con esta exigencia constitucional, si bien alguna de ellas, concretamente las intervenciones corporales, lo hicieron tardíamente, en el año 2003<sup>31</sup>, no obstante la denuncia que ya la STC 207/1996 evidenció acerca de su imprevisión legislativa.

Permanecen todavía, sin embargo, huérfanas de regulación legal las inspecciones e intervenciones corporales leves que, sin afectar al derecho a la intimidad, pudiera practicar la policía judicial, las cuales, en mi opinión, no cumplen con las exigencias del principio procesal de legalidad<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> TEDH caso X e Y, de 26 de marzo de 1985 [TEDH 1985\4]; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987 [TEDH 1987\4]; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989 [TEDH 1989\16]; caso *Funke*, de 25 de febrero de 1993 [TEDH 1993\7]; caso Z, de 25 de febrero de 1997 [TEDH 1997\13]...

<sup>30</sup> STC 206/2007 (Sala Primera), de 24 septiembre -RTC 2007\206-, STC 70/2002 (Sala Primera), de 3 abril -RTC 2002\70- y STC 207/1996 (Sala Primera), de 16 diciembre, -RTC 1996\207-.

<sup>31</sup> Las intervenciones corporales no se consagran legislativamente hasta la promulgación de las L.O. 38/2002 y 15/2003 de reforma de los arts. 788.3 y 326 LECRIM. La regulación, sin embargo, es deficiente e insuficiente.

<sup>32</sup> Las SSTS 9 de abril y 21 de septiembre de 1999 (1999/3846 y 7386) legitiman las inspecciones corporales desde el art. 11.1.f (que confiere a la policía la función de «prevenir la comisión de actos delictivos») de la LOFCSE -LO 2/1986-, lo que parece a todas luces insuficiente. Y desde luego no la tienen las que afectan al derecho a la intimidad, desde siempre proscritas, tanto por el T. C. (STC 37/1989, 7/1994, como por los tribunales ordinarios (AAP Sevilla 29 de octubre de 2003 - ARP 2004\10- y SAP Barcelona 2 de octubre de 1999 -ARP 1999\3493-). Ni siquiera el «desnudo de detenidos», que contempla y regula exquisitamente la Secretaría de Estado de Seguridad, en su Instrucción, de fecha 30 de diciembre de 1996, y a diferencia del art. 23 de la LO Penitenciaria (desarrollado por el RD 190/1996), goza de cobertura legal alguna que legitime constitucionalmente a la policía restringir el derecho a la intimidad de los detenidos.

Si la regulación de las inspecciones e intervenciones corporales resulta deficiente, mucho mayor reproche al principio de legalidad hay que efectuar a la imprevisión legislativa de las escuchas telefónicas, cuya regulación en el escueto art. 579 LECRIM es a todas luces insuficiente, tal y como ya tuvo ocasión de declarar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su célebre STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España<sup>33</sup>.

Se hace necesaria, pues, una nueva regulación normativa de la intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas, mediante Ley Orgánica que, en primer lugar, prevea, en función de su gravedad y trascendencia social, los delitos que autorizan al Juez a limitar el derecho contenido en el art. 18.3 C.E.; en segundo, que las grabaciones sean exclusivamente las relevantes del imputado y no de terceras personas; en tercero, que se establezca un plazo prudencial de duración en el marco de una auténtica instrucción (y no, en el seno de las atípicas “Diligencias Indeterminadas”); en cuarto, que consagre un auténtico deber judicial de motivación (proscribiendo las “licencias de cobertura”, las fórmulas estereotipadas y la motivación por remisión); en quinto, y de mantenerse el sistema SITEL<sup>34</sup>, debieran instaurarse “*interfaces*” entre los Juzgados de Instrucción y las bases de datos de la Policía Nacional y de la Dirección Operativa de la Guardia Civil;

---

En todo lo referente a la recogida de las muestras de ADN, el problema fundamental que plantea es la inexistencia de una regulación legal de las inspecciones o intervenciones corporales, lo que puede ocasionar la invalidez de la futura prueba de cargo, ya que la Disposición Adicional Tercera de la L. O. 10/2007 de 8 de octubre faculta a la policía judicial a efectuar la recogida de toma de muestras biológicas, sin reparar que dicha recogida tan sólo puede erigirse en prueba preconstituida, si razones de urgencia derivadas de la desaparición del material genético lo aconsejan (cfr.: Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS, 31 de enero de 2006 y las SSTS 14 de octubre de 2005, 14 de febrero de 2006 y 1128/2007, de 27 de Noviembre, así como la SAN, 2ª, de 30 de noviembre de 2005), pues, en otro caso, lo procedente será la intervención de la Autoridad judicial (arts. 282 y 326.III LECRIM; y, así, la STS 1007/2007 pudo, entre otras razones, desechar como prueba de cargo la identificación genética del acusado efectuada a partir de una maquinilla de afeitar intervenida por la policía en el registro de un “zulo”). Tampoco es muy rigurosa la L.O. a la hora de garantizar la imparcialidad de la cadena de custodia, la posibilidad de la defensa de contradecir los análisis de los Laboratorios acreditados o la exigencia de que las muestras o vestigios biológicos sean custodiados como mínimo hasta el momento de práctica del juicio oral a fin de que la defensa pueda contraproponer sobre ellos otros informes periciales, pues el resultado de dicha identificación no convierte a la prueba en documento público, examinable de oficio por el Tribunal, sino que nos encontramos ante una prueba pericial que puede ser sometida a contradicción por la defensa (STS 1007/2007, de 23 de Noviembre).

<sup>33</sup> Si bien la posterior Decisión inadmisoria del TEDH, de 25 de Septiembre de 2006 –caso Abdulkadir Cobán v. España– parece rectificar dicha jurisprudencia, muy posiblemente debido a la existencia de un abundante doctrina legal del T.S. y T.C. sobre el tema.

<sup>34</sup> Más garantista que el anterior de grabaciones magnetofónicas, al que sustituye por uno o varios DVD, en los que se contiene la totalidad de las grabaciones, más un CD con las conversaciones relevantes, lo que permite su confrontación a fin de evitar hipotéticas manipulaciones, las cuales difícilmente pueden suceder sin dejar huella en el disco central. Por ello, el T.S. ha confirmado su legalidad en diversos pronunciamientos (SSTS 19, 23 de Marzo, 6 de Junio, 5 de Noviembre, 30 de Diciembre de 2009 –esta última con 2 votos particulares–, 15 de julio de 2010, 293/2011, de 14 de Abril., y Sala Cont.-Admvo de 5 de Febrero de 2008).

finalmente, tal y como ha ordenado la reciente STS 293/2011, de 14 de Abril, debe la Ley disponer la destrucción de las grabaciones originales de la unidad central, debiéndose conservar, hasta la obtención de una Sentencia firme, tan sólo las copias entregadas a la autoridad judicial.

### C) Jurisdiccionalidad y motivación.

En tercer lugar, las resoluciones provisionales sólo pueden ser adoptadas por el Juez de Instrucción y mediante un auto especialmente motivado.

Al incidir en un derecho fundamental es claro que, como regla general, tan sólo al Poder Judicial le corresponde decidir sobre la restricción de su ejercicio (art. 53.2 C.E.).

Lo dicho no obsta, sin embargo, a que, en ocasiones, por razones de urgencia o de necesidad<sup>35</sup>, pueda la policía judicial “*a prevención*” dictar una resolución provisional limitativa de un derecho fundamental.

Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con los controles de alcoholemia y los requerimientos al conductor para la práctica de una prueba de aire espirado, cuya legitimidad proviene del hecho incontestable de que la permanencia del alcohol en el cuerpo humano es fugaz, de tal manera que no permite a la policía solicitar y obtener la pertinente resolución judicial. Ahora bien, si se tratara de realizar dicho análisis alcohólico métrico sobre la sangre de un accidentado depositada en un Hospital y sin su consentimiento, la cosa cambia: habrá la policía de tráfico de recabar la correspondiente autorización judicial, ya que, en tal supuesto, habrán desaparecido las razones de urgencia y necesidad, por lo que -concluye el Tribunal Constitucional-, de efectuarse dicho análisis, se vulneraría su derecho a la intimidad<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> “Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (STC 207/1996)

<sup>36</sup> “Descartada la existencia de consentimiento del afectado, resulta innecesario entrar a examinar si existe previsión legal específica con justificación constitucional para una medida como la descrita, ya que aquí lo que se cuestiona no es esto, sino la ausencia de autorización judicial de la medida, pues, tratándose de una intervención que afecta al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y de necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (STC 206/2007, de 24 de Septiembre).

Esta novedosa doctrina entra, sin embargo, en plena contradicción con la sustentada en la Disposición Adicional 3ª en relación con el apartado 1 del art. 3 de la L.O. 10/2007, de 8 de Octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN, que distingue la recogida de muestras o fluidos identificadores del ADN externos e internos al cuerpo

Pero, excepción hecha de esta posibilidad que, en el marco de las diligencias policiales de prevención, permite a la policía judicial realizar controles de alcoholemia e incluso inspecciones e intervenciones corporales leves, las resoluciones provisionales han de ser adoptadas por el Juez de Instrucción y, como se ha dicho, mediante un auto especialmente motivado.

Esta exigencia de motivación específica (que proscribía la utilización por el juez de fórmulas estereotipadas o de remisión) no deriva de la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales, implícita en el derecho a la tutela, sino de la exigencia, dimanante del principio de proporcionalidad, consistente en plasmar, en la resolución judicial, el indispensable “juicio de ponderación”<sup>37</sup>, del que nos vamos a referir a continuación.

#### D) Proporcionalidad.

Y es que la resolución provisional, en la medida en que limita el ejercicio de un derecho fundamental, ha de ser “idónea” para alcanzar el fin constitucionalmente previsto, ha de ser “necesaria” para la tutela del bien o interés constitucional y no ha de existir una medida alternativa menos gravosa para el derecho fundamental concernido.<sup>38</sup>

---

humano. En cuanto a los primeros, pueden ser recogidos por la policía sin autorización judicial, en tanto que requieren siempre dicha autorización “*las inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales*”. Pero partir de la publicación de la referida STC 206/2007, parece que podría considerarse contrario al derecho a la intimidad toda recogida de muestras de ADN externas al cuerpo humano obtenida sin consentimiento del interesado y sin autorización judicial, tal y como declaró la polémica STS 501/2005, de 19 de Abril que declaró nula la prueba del ADN efectuada a partir de un esputo de un recluso recogido con tales condiciones, doctrina con razón censurada por la STS 1.311/2005, de 14 de Diciembre y que originó el contrario cambio jurisprudencial, consistente en autorizar a la policía la recogida en cualquier caso de dichos elementos externos (doctrina sustentada por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del T.S., de 31 de Enero de 2006, SSTS 179/2006, de 14 de Febrero, 355/2006, de 20 de Marzo, 949/2006, de 4 de Octubre...)

<sup>37</sup> “El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 [RTC 1995\128] y 158/1996 [RTC 1996\158]).

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras).

Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 [RTC 1995\181] y 54/1996 [RTC 1996\54]), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)” (STC 207/1996).

<sup>38</sup> “Para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para

Pues, bien, todos estos requisitos deben ser tomados en consideración por el Juez de Instrucción a la hora de redactar el auto de adopción de la resolución provisional. En él, habrá de expresar el juicio de necesidad o de ponderación de los derechos fundamentales en pugna, a través del cual se demuestre que la medida objetivamente se justifica, es decir, que, para alcanzar el fin constitucionalmente protegido (esto es, la futura actuación del “*ius puniendi*” del Estado, la protección de la víctima o la propia reinserción social del imputado), es necesario e indispensable el sacrificio del derecho fundamental del imputado, porque, si hubiera otra medida menos lesiva de su derecho fundamental, no se justificaría y decaería su necesidad.

A la hora de cumplir con esta exigencia de inexistencia de una “alternativa menos gravosa para el derecho fundamental” ha de remarcarse que, todo al contrario de las medidas cautelares, determinadas resoluciones provisionales se convierten precisamente en dicha alternativa necesaria para evitar el sacrificio del derecho fundamental máspreciado del imputado, cual es su derecho a la libertad. Así, con anterioridad a la promulgación de la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Juez de Instrucción había de dictar necesariamente un auto de prisión provisional contra un presunto maltratador ante el fundado riesgo de que pudiera atentar contra la integridad física de su víctima-denunciante. Hoy, dicha medida cautelar no se justifica, pues, como se ha señalado más arriba (*supra*. 1.A), el art. 64.3 L.O. 1/2004 permite al Juez disponer el control electrónico del imputado, quien, si presta su consentimiento, podrá eludir su puesta en prisión provisional.

Algo similar ocurre también con el sometimiento voluntario del imputado a un procedimiento de desintoxicación de sustancias estupefacientes, en cuyo caso el art. 508.2 LECRIM ya no obliga al Juez a dictar, contra él, la prisión provisional; antes bien, ha de disponer su ingreso en un centro hospitalario autorizado sin perjuicio de establecer el control del efectivo cumplimiento de esta resolución provisional.

Como se podrá observar, estas resoluciones provisionales de prohibición de residencia de los maltratadores y de sometimiento del toxicómano a un procedimiento de deshabituación se convierten, para el inculpado, en una medida menos gravosa que la prisión provisional, cuya mecánica adopción resultaría hoy inconstitucional.

---

alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.” (STC 207/1996).



#### 4. Las resoluciones provisionales y el control judicial.

La abolición, como pena tipo, de la pena de prisión y la posibilidad de sustitución por otras privativas de derechos, que efectuó el C.P. de 1995, sitúa al legislador procesal penal en un gran reto, cual es trasladar, para todos los delitos (y no exclusivamente a los de violencia de género), las medidas limitativas de derechos al ámbito de la instrucción. Y es que la solución todavía vigente, consistente en instaurar tales penas privativas de derechos exclusivamente mediante sentencia firme, malogra los fines del proceso penal: la protección de la víctima o la reinserción del imputado llegan demasiado tarde.

Por ello, cabe predecir que, en un futuro inmediato, se instaurarán, sobre todo en procesos penales surgidos como consecuencia de la comisión de un delito leve por un imputado no reincidente, los sobreseimientos por razones de oportunidad en los que el Juez de Instrucción, a petición del M.F. y con el consentimiento de la defensa, podrá dictar dicho sobreseimiento bajo la condición suspensiva del cumplimiento del imputado de determinadas prestaciones, cuales son: la pronta y puntual indemnización a la víctima y su voluntaria asunción de las prohibiciones y prestaciones contempladas en los arts. 39 y 83 del C.P.

Se incrementará entonces dentro de la instrucción el cuadro de resoluciones provisionales, con respecto a las cuales nada hay que objetar con respecto a su instauración, siempre y cuando se efectúen en el seno del anhelado Código Procesal Penal de la democracia y con estricto respeto al principio de proporcionalidad.

En cualquier caso lo que no podemos hacer es continuar con la política legislativa actual, consistente en la proliferación de una legislación especial de reforma sectorial de la LECRIM que, no sólo infringe el principio de seguridad jurídica, sino que incide también gravemente en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Piénsese, a título de ejemplo, que la Disp. Ad. 3ª de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN creó una nueva figura procesal de imputado (posiblemente para eludir el control judicial y frustrar el derecho de defensa), el “*sospechoso*” policial, que se manifiesta suficiente para recoger muestras externas de la parte no codificante de su material genético, la cual pasará a engrosar la base de datos de la Policía Nacional, de la Guardia Civil o incluso de las Policías autonómicas con legislación sobre la materia, o que el sistema SÍTEL, instaurado por el R.D. 4247/2005 y Ley 25/2007, graba la totalidad de las conversaciones del teléfono del imputado, efectuadas (a través de sucesivas prórrogas trimestrales) incluso durante varios años y, sin que hasta la publicación del STS 293/2011, de 14 de Abril, tenga la policía la obligación de destruirlas en momento alguno.

Por ello, se hace necesario limitar, mediante el pertinente control judicial, este poder omnímodo del Ministerio del Interior sobre la intimidad de los ciudadanos.

Con ello, no se trata, sin embargo, de desproteger a la sociedad. La policía, por razones de urgencia, ha de estar autorizada a restringir determinados derechos fundamentales, incluso sin autorización judicial. Ello es lo que debiera suceder, por ejemplo, en materia de intervención de los “datos de tráfico electrónico”, en los que los arts. 1 y 6 de la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones establecen el principio de reserva jurisdiccional, lo que obliga a la policía (cada vez que quiera conocer, por ejemplo, la identidad de un pederasta que se está comunicando por correo electrónico con su víctima), y a fin de obtener del servidor el IMSI *-Mobile Subscriber Identity-*, el IMEI *-Internacional Mobile Equipment Identity-* o el IP *-Internet Protocol-* a recabar la previa autorización judicial. En mi opinión, si dicha intervención no incide en el proceso de comunicación, sino tan sólo en los datos de identificación de remitente y destinatario, en nada afecta al art. 18.3 C.E.<sup>39</sup>

Pero, en materia de escuchas telefónicas o de gestión de datos de ADN, debiera incrementarse el control judicial, pues, según nuestra Constitución, en materia de limitación de los derechos fundamentales, la Autoridad judicial ha de ostentar, no sólo la última, sino también la primera palabra<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Aunque pudieran incidir en la privacidad. Pero el T.C. ha podido legitimar las intervenciones administrativas en esta esfera, habiendo declarado, por ej., que el secreto bancario no está sometido a reserva jurisdiccional alguna (SSTC 110/1984, 642/1986 y 877/1987).

<sup>40</sup> KERN-WOLF, *Gerichtverfassungsrecht*, München, 1975, pág. 11.