

EGUZKILORE

Número 11.
San Sebastián
Diciembre 1997
99 - 111

VALOR DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR LA POLICÍA JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL

Enrique RUIZ VADILLO

*Magistrado del Tribunal Constitucional
Ex-presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo*

Resumen: En el procedimiento penal por delitos, les corresponde al Juez de Instrucción, al Fiscal, a la Policía Judicial, a las partes acusadoras y al propio acusado buscar la verdad material o real durante la fase de investigación. Nada llega probado al juicio oral, y el atestado policial, así como los datos de investigación policial que constan en el mismo, tienen, en principio, únicamente valor de denuncia. Ahora bien, en dichos atestados se pueden encontrar diligencias de distinta significación, ya que la Policía Judicial desempeña funciones que alcanzan un muy especial relieve cuando inciden en el proceso penal.

Laburpena: Delituengatiko zigor prozeduran Instrukziozko Epaileari, Fiskalari, Polizia Judizialari, alderdi salatzaileei eta akusatuari berari dagokie, ikerketaren fasean, egi material edo erreala bilatzea. Ahozko judiziora dena heltzen da frogatu gabe eta hala poliziaren atestatuak nola poliziaren ikerketaren datuak, hasieran behintzat, salaketaren balioa baino ez dute. Dena dela, atestatu horietan adierazpen ezberdinak dituzten diligentziak aurki daitezke eta hori horrela da Polizia Judizialaren funtzioak zigor prozesuan eragina dutenean berariazko garrantzia dutelako.

Résumé: Selon la procédure pénale, il correspond au Juge d'Instruction, au Procureur, à la Police judiciaire, à l'accusation et au propre accusé de chercher la vérité matérielle ou réelle tout au long de la phase d'investigation. Rien n'est prouvé préalablement au jugement oral: l'attestation policière ainsi que les données des enquêtes policières y présentées n'ont -en principe- qu'une valeur de plainte. En tout cas, on peut y trouver des diligences de très différentes significations, car la Police judiciaire développe des fonctions d'une très spéciale importance lorsqu'elles touchent la procédure pénale.

Summary: In the penal procedure, to seek the real truth during the phase of investigation is the responsibility of the Examining Magistrate, the Public Prosecutor, Judicial Police, the accuser parts and the accused. Nothing is proved until the oral judgement, and the police reports, the same as the police data investigation that it includes, only have a reporting value. However, in these reports it can be found some data with different significance, because Judicial Police fulfils some functions that have a very special importance when affect the penal process.

Palabras clave: Policía Judicial, Proceso penal, Administración de Justicia, Derecho penal, Principio de legalidad, Atestado policial.

Hitzik garrantzizkoenak: Polizia Judiziala, Zigor Prozesua, Justiziaren Administrazioa, Zigor Zuzenbidea, Legezkotasun oinarria, Poliziaren Atestatua.

Mots clef: Police judiciaire, Procédure pénale, Administration de Justice, Droit pénal, Principe de légalité, Enquête policière.

Key words: Judicial Police, Penal Process, Administration of Justice, Penal Law, Principle of Legality, Police Report.

1. SALUDO Y AGRADECIMIENTO

Sobre todo quiero agradecer al Profesor Beristain, uno de nuestros más grandes penalistas y juristas, su amabilidad al invitarme a participar en las tareas docentes del Instituto de Criminología del País Vasco, cuyo prestigio es hoy, por fortuna, universal, lo que hago con enorme satisfacción y orgullo.

Al ilustre Catedrático de esta Universidad Prof. José Luis de la Cuesta, unido entrañablemente al profesor Beristain, y a todos sus colaboradores, el saludo cordialísimo y la gratitud por el magnífico trabajo que realizan día a día en este Instituto que tanto contribuye a la realización de la Justicia, impregnando de los valores universales de Justicia, de Paz, de Igualdad, de Solidaridad, a cuantos por él pasan. Y también a Inmaculada, cuyo trabajo callado, pero extraordinariamente eficaz, va unido siempre a su simpatía y encanto.

Estoy seguro de que nada de lo que voy a decir les es desconocido; por consiguiente, mi presencia ante Vds. no tiene ni puede tener otra significación que exteriorizar los sentimientos a los que acabo de referirme.

2. LA LLAMADA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por el título de este apartado, es fácilmente deducible que no estoy de acuerdo con esta aparente realidad que tanto se pregona. La justicia goza de buena salud. Los jueces, ello es obvio, nos equivocamos y nos equivocamos todos los que estamos en la primera línea de la Administración de Justicia y los que están en la última. Todo consecuencia de nuestra naturaleza humana, que no da más de sí. Si esto fuera de esta manera siempre y en todas partes, la Administración de Justicia y cualquier otra actividad estarían constantemente en precario. Lo que sí existe es una crisis de crecimiento y una cierta convulsión de ideas desde el punto de vista social y político que influye naturalmente en el Derecho.

Cuando constato el trabajo ilusionado de tantos y tantos jueces, fiscales, secretarios, personal colaborador, abogados y procuradores, peritos y la inmensa mayoría de los que forman la policía judicial, me preocupa que cunda el desaliento y el escepticismo ante tanta desconfianza e infravaloración de su trabajo, lo que, en mi opinión, tampoco es verdad.

3. EL DERECHO PENAL

La sociedad tiene que tener un sistema para gobernarse. Ninguna comunidad ha podido vivir en el pasado, ni lo podrá hacer en el futuro sin estas reglas que son las que llamamos Ordenamiento jurídico: Derecho, en definitiva.

Como las relaciones entre las personas y los grupos sociales son muy complejas, ese Ordenamiento jurídico se divide y subdivide en muchos sectores o áreas: Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho tributario, Derechos civil y mercantil y, por supuesto, Derecho penal.

Aquellos comportamientos de quienes componen una comunidad de personas, que se consideran gravemente atentatorios a una convivencia, dentro de una cierta

paz, se consideran delitos o faltas y se tipifican en unos textos legales, y quienes los desobedecen son sancionados con penas y/o medidas de seguridad.

El Derecho penal, que asocia a determinadas conductas penas que pueden incluso privar de libertad a los infractores, hoy por hoy es imprescindible, aunque entre todos debemos reflexionar todo cuanto nos sea posible por perfeccionarlo y este perfeccionamiento pasa, y en ello ha puesto el acento de manera constante el Profesor Beristain, por su humanización; esto es, en no perder de vista jamás que aquel a quien imponemos una pena es un ser humano, muy próximo a nosotros, a quien muchas veces el desarrollo de su existencia le fue absolutamente adverso y hostil. En definitiva, como señaló Díaz Palos, el principio de Humanidad ha de integrarse dentro de los principios esenciales del Derecho penal.

El Derecho penal tiene una característica muy específica, que consiste en que bajo este concepto unitario debemos integrar al Derecho penal sustantivo (el que tipifica los hechos constitutivos de infracciones penales), el procesal penal (el conjunto de actividades para alcanzar la verdad), el penitenciario (la forma y manera de cumplimiento de las penas privativas de libertad) e incluso la organización de los Tribunales, donde incluiríamos la parte que corresponda a los Jueces y Tribunales, a las Fiscalías, a la Abogacía y, también a la Policía.

4. EL FIN DEL DERECHO PENAL

Como ya hemos indicado, al Derecho penal corresponde (en definitiva, a los ciudadanos a través de sus legítimos representantes que son los legisladores) establecer qué conductas merecen ser calificadas como delitos y faltas, fijar las penas y medidas que se van a asociar a las mismas, y de qué manera, con el máximo de garantías para evitar el error judicial, se debe proceder en la búsqueda de la verdad, que es la plataforma de la actuación de los jueces y tribunales penales, así como el modo en que han de cumplirse, también con una serie de garantías absolutamente necesarias, las penas, todas, pero especialmente las privativas de libertad.

5. A QUIÉN CORRESPONDE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL

Antes de nada hemos de indicar que esta “verdad material o real” no puede alcanzarse a cualquier precio, sino tan sólo dentro del sistema de garantías que el propio Sistema establece, por ejemplo, no se puede utilizar la tortura para descubrir la verdad, (v. arts. 174, 176 y 177 del nuevo Código penal); es decir, la utilización de esta forma de intentar conocer la verdad es ya, por sí misma, delito. Pero tampoco se puede intervenir un teléfono sin cumplir las exigencias legales, ni entrar y registrar un domicilio, ni ocupar la correspondencia, ni llevar a cabo reconocimientos corporales, etcétera, porque con independencia de otras consideraciones, estas “pseudopruebas” no valen para nada en el proceso penal, como más adelante veremos.

El procedimiento penal por delitos (las faltas se regulan de otra manera) consta de dos fases: una de investigación y otra de enjuiciamiento.

En la primera fase (que es preparatoria de la segunda) corresponde buscar esa verdad a la que ya nos hemos referido al Juez de Instrucción, al Fiscal, a la Policía

Judicial y a las partes acusadoras y al propio acusado, para demostrar su inocencia o su menor culpabilidad o participación.

Pero, en realidad, corresponde especialmente al Juez de Instrucción competente, como dice el profesor Gimeno Sendra, la labor de introducción del material de hecho a la fase instructora (art. 306 LECrim.) para lo cual puede disponer la práctica de cualquiera de los actos de investigación de los contemplados en los Títulos V al VIII del Libro II de la LECrim., todo ello sin perjuicio de la aportación de hechos que pudieran realizar las partes acusadoras en sus escritos de iniciación (arts. 259 y ss. y 270 y ss. LECrim.). Y también, como ya hemos indicado, el propio acusado, que puede instar la práctica de diligencias o aportar documentos, informes periciales, etcétera, que acrediten su inculpabilidad o su menor participación, o la presencia de circunstancias que hubieran de actuar en la determinación de la pena.

6. ACTIVIDAD PREPARATORIA Y PRUEBA

Aunque más adelante volveremos a hacer referencia a este importante tema, nos corresponde ahora, anticipándonos a lo que luego se dirá, señalar que una cosa son las diligencias de investigación (preparatorias) y otra distinta, la actividad propiamente probatoria.

Nadie se puede alarmar frente a este sistema de garantías. Es la Policía la primera, a mi juicio, que tendrá interés en que el Sistema responda a estas coordenadas porque sólo así quedará a todos la tranquilidad de conciencia de haber procedido de tal manera que los márgenes de error, siempre posibles como en toda tarea humana, se reducen al mínimo.

En principio, aunque hayan de hacerse determinadas precisiones, sólo servirá para probar el hecho delictivo, aquello que se acredite en el juicio oral, no lo que “teóricamente” se haya probado extramuros del proceso propiamente dicho. Sólo puede servir de plataforma a la condena aquello que el juez o tribunal que va a sentenciar, “ve”, “oye” y “capta” por sus ojos, por sus oídos y por sus sentidos.

Con toda obviedad, todas estas afirmaciones admiten modulaciones, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es buena prueba de ello. En el diseño y en los contornos y fronteras de este principio de inmediación y de contradicción real o potencial tampoco hay unanimidad.

En mi modesta opinión, que someto a cualquier otra, el sistema de plenitud de garantías produce unos beneficios a lo que podemos llamar el espíritu de la sociedad, a la tranquilidad de conciencia de una comunidad bien formada en estos ideales, en el sentido de que es muy preferible la absolución de algunas personas que merecerían ser condenadas, a la condena de quien es inocente.

Como a veces los ejemplos prácticos valen más que explicaciones extensas y pormenorizadas, voy a recoger aquí dos votos particulares de quien tiene la satisfacción de hablarles, formulados con especial respeto a la mayoría que decidió en sentido contrario, como expresión de cuál debiera ser, en mi modestísima opinión, el régimen jurídico a seguir.

El primer voto particular (al que se adhirió el magistrado D. Fernando García Mon y González Regueral) se refiere a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre de 1997, en una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 380 del nuevo Código penal de 1995, que tipifica como desobediencia grave la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia. La sentencia, a la que expreso mi admiración por lo bien que está construida, parte de unos presupuestos de los que discrepo. Muy en resumen: obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pruebas que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado (cfr. la relación del art. 380 con el 379 del Código penal) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con las fronteras que deben existir en el ejercicio en libertad del derecho de defensa. Aparte de la incongruencia que supone que la pena que se asocia por esta falta de colaboración sea superior a la que le hubiera correspondido por el delito que se trata de descubrir.

El segundo voto particular (los dos muy recientes) al que se adhirió el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, se formalizó frente a la STC 172/1997 de 14 de octubre de 1997, recaída en el Recurso de amparo núm. 4.125/94.

En líneas muy generales, el problema era el siguiente: el Juez de lo Penal, en una causa por presunto delito de robo con violencia en las personas, dictó una sentencia absolutoria porque en él nació, al presenciar directamente la prueba, y más en concreto al oír a la testigo-víctima del delito, la inquietud sobre dónde estaba la verdad (sin duda la prueba de reconocimiento ofrece flancos muy vulnerables desde la perspectiva de la certeza necesaria para que el mismo produzca todos sus efectos). Frente a esta sentencia absolutoria el Ministerio Fiscal recurrió ante la Audiencia Provincial y ésta, sin practicarse ante ella ninguna prueba, examinando la declaración según constaba en el acta correspondiente, sin ver ni oír ni captar las expresiones de la testigo (los gestos, el silencio –recordemos algunas expresiones que respecto al silencio hizo el profesor Laín Entralgo y nuestro compañero Soto Nieto–), etcétera, condena. En mi modesta opinión, es evidente que también el Juez de la apelación (me remito a las muy interesantes consideraciones hechas por los profesores Gómez Orbaneja y Vázquez Sotelo en este punto) puede valorar la prueba y lo puede hacer de manera distinta, con distinta conclusión a como lo hizo el juez de la primera instancia, pero para llevar a cabo esta tarea ha de encontrarse situado en la misma posición que este último juez. Obviamente, un informe pericial, un documento, etcétera, podrán recibir distinta apreciación para uno y otro juzgador, pero lo que no podrá hacer, repito que en mi modesta opinión, es valorar una prueba que como no se practicó ante él y en la que era imprescindible la intermediación que no existió, desde el punto de vista del proceso, es invalorable para el segundo juzgador, a no ser que con una interpretación, tal vez un poco revolucionaria, se entendiera que el art. 795 en su regla 3^a LECrim. admite una nueva interpretación que patrocino, en el sentido de que cuando frente a una sentencia absolutoria se recurra por las acusaciones para obtener otra condenatoria, es posible que quien recurra proponga la repetición de la prueba testifical que sirvió de soporte a la absolución.

Por eso vengo proponiendo desde hace bastantes años, sin éxito alguno, que tanto las declaraciones que se prestan en los Juzgados de Instrucción, en la fase de investigación, que tras su lectura en el juicio oral, si no resulta posible la presencia física de la persona declarante, pueden servir para la condena, como la totalidad de los juicios orales en las Audiencias, tanto si conocen del asunto vía apelación como si lo hacen en única instancia, sean tomadas en vídeo con imagen y sonido, con lo que es evidente que la inmediación y la posibilidad de contradicción alcanzan una dimensión muy próxima a la que se produce cuando el juzgador ve y oye lo que ante él se está produciendo.

¿Cuándo se decidirá el legislador a establecer la doble instancia en materia penal en todos los casos, para cumplir así el mandato del art. 15.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y sobre todo para dar mayor garantía a la justicia? A mi juicio, reduciendo todo lo posible el número de aforados, esta fórmula sería aplicable incluso cuando actúa en instancia única el Tribunal Supremo, por tratarse de tales aforados y pese a lo que señala el Protocolo núm. 7, art. 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma, porque la doble instancia, aunque tenga algunas limitaciones, permite ver el problema desde otra muy distinta perspectiva, partiendo de la rectitud de cuantos intervienen en la Administración de Justicia, de la que parto siempre y con especial satisfacción.

7. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio representa, por así decirlo, la base sobre la que hay que construir todo el Ordenamiento jurídico, y sobre todo el Derecho penal. Principio de legalidad que viene referido al Derecho penal sustantivo, al procesal penal y al ejecucional y, dentro de él como una modalidad, la principal, al derecho penitenciario.

Cuando se observa desde una cierta superficialidad el Derecho penal nos da a todos la impresión de que se trata de un ordenamiento represor, contenido y continente de prohibiciones, de persecuciones frente a muchas formas de comportamiento. Y esto puede ocurrir en determinados Códigos penales, porque no es lo mismo Derecho penal, desde la altura en que debe contemplarse, que cada uno de los Códigos penales que deben examinarse para decidir sobre su legitimidad, especialmente la material más que la formal, en función de la presencia de una serie de valores que, para el entorno cultural al que pertenecemos, son esenciales.

Son muchas las veces en que cito una preciosa frase del profesor Beristain referida al Derecho penal. De él ha dicho nada menos que es un manantial de libertades. Y así es.

Algunos han señalado de él (y de su reflejo en la Ley formal en cuanto emanación de la voluntad popular expresada por sus legítimos representantes, art. 66 de la Constitución) que es una Constitución negativa. Y tienen también razón.

Otros han dicho que los Códigos penales son como una especie de normas protectoras del delincuente y también es acertada la asimilación.

Uno de los valores más esenciales en una sociedad que quiera vivir en paz dentro de unos parámetros de convivencia en justicia es el valor certeza o seguridad. Es decir,

que el ciudadano sepa a qué atenerse. Que si acata en sus comportamientos externos (en el pensamiento y en la exteriorización del mismo, dentro del respeto debido a los demás nadie puede interferirse) los mandatos que son realmente prohibiciones, salvo excepciones muy cualificadas, nadie puede, desde la perspectiva del sistema jurídico imperante, reprocharle su comportamiento; es decir, que puede vivir tranquilo, sin temor a ningún tipo de sanciones.

El profesor Del Rosal decía: si la justicia da sentido y razón al ordenamiento jurídico-penal; si, en cierto modo, constituye el principio moral y metafísico por excelencia del ámbito penal, la seguridad jurídica, expresada en el “ius positum”, de estilo claro, conciso y cierto, tiene su cabal expresión en varios aspectos, entre ellos en el principio de legalidad de los delitos y penas.

El profesor Muñoz Conde dice: el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva, e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que pueden reconducirse precisamente a la imposibilidad de que el Estado intervenga más allá de lo que le permite la ley.

La idea de taxatividad y certeza que debe imperar en la ley penal es fundamental. Como dice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional las exigencias derivadas del principio de legalidad y tipicidad (art. 25.1 CE), en el ámbito del Derecho sancionador, es decir no sólo del Derecho penal propiamente dicho, son la existencia de una ley –lex scripta–, que la ley sea anterior al hecho sancionado –lex previa– y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado –lex certa– (SSTC 133/87 de 21 de julio y 246/1991, de 19 de diciembre).

De ello deriva la inclusión implícita en este principio y en este artículo de la Constitución, de la prohibición de la analogía, de la inclusión en la misma del principio “non bis in idem”, etcétera.

Este principio de legalidad se extiende también al Derecho procesal penal y al Derecho penitenciario y, como ya hemos indicado, a todo el Derecho sancionador, como puede ser el Derecho administrativo y, a mi juicio, también al Derecho del Trabajo disciplinario y de manera más excepcional al Derecho civil, en determinadas situaciones.

8. LA DESIGUALDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO PENAL

Es curioso observar que el proceso penal es una institución que, pese a lo que en muchas ocasiones se dice, prevalece la desigualdad respecto de las partes intervinientes. Se dice que las partes en el proceso penal tienen una igualdad de “armas”. No me parece que sea así, y estimo que es absolutamente correcto que impere la desigualdad, porque en posición desigual se encuentran los que acusan y los que son acusados. Es tarea del Derecho tratar desigual a los desiguales para obtener una cierta igualdad.

Veamos algunas de estas situaciones a manera de ejemplos: el acusado tiene derecho a que se le informe de la acusación que contra él se formula, el acusador no tiene derecho a conocer la posición del acusado. (En este sentido nos remitimos a toda la teoría general del principio acusatorio propio del proceso penal, e incluso de todos los procesos sancionadores, como acabamos de poner de manifiesto).

El condenado tiene siempre derecho a recurrir la sentencia que le condena (y así lo dice de manera expresa el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya citado) y, en cambio, este derecho se le puede o no conceder al acusador.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el acusado o imputado tiene derecho a hacer valer la llamada "contaminación objetiva" del juez o tribunal que haya de juzgarle o de instruir contra él un sumario o unas diligencias; en cambio, el acusador no tiene este derecho.

El acusado puede faltar a la verdad en sus declaraciones, pero no puede hacer lo mismo el acusador sin incurrir, si ha lugar a ello, en unas determinadas figuras delictivas.

El acusado tiene a su favor la presunción, aunque sea provisional, de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en virtud de la cual sólo puede ser condenada una persona cuando quien acusa, a través de una prueba advenida legítimamente a las actuaciones que correspondan, ante un tribunal imparcial e independiente, prueba el hecho delictivo y la participación del imputado. No se da, como algunos han pretendido, una especie de presunción de inocencia "invertida" en el sentido de que si el acusador prueba (a su juicio) el hecho y la participación, haya de ser el acusado condenado estimando que en lo que respecta al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, podía abrirse una especie de vía especial impugnatoria para obtener la condena del acusado. El acusador en la casación podrá utilizar en su favor la existencia de una indefensión o el error de hecho en la apreciación de la prueba documental, pero nada más.

9. EL JUICIO ORAL. EL ATESTADO. LA DECLARACIÓN DE LOS POLICÍAS

Ya lo hemos dicho y ahora lo repetimos: en el juicio oral se tiene que acreditar todo. Nada llega probado al juicio oral, salvo los supuestos de prueba preconstituida (que, en definitiva, viene a ser como una extensión, en determinadas circunstancias, del propio juicio oral).

El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 31/81, ha venido declarando que el atestado policial, así como los datos de investigación policiales que constan en el mismo tienen, en principio, únicamente valor de denuncia. Lo que, se dice, deriva del art. 297 LECrim.

En este sentido, en SSTC de 30 de enero de 1984, 5 de noviembre de 1985, 30 de octubre de 1989, 18 de mayo de 1990 y un muy largo etcétera, se ha mantenido la anterior doctrina. El atestado, para que se convierta en auténtico documento probatorio, dice el Fiscal Luzón Cuesta, esto es, para que se convierta en auténtica actividad probatoria en el proceso, no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del mismo, doctrina que, en general, ha sido también seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta falta de carácter probatorio del atestado no ratificado ante la autoridad judicial deriva, como ha señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, de los artículos 282 y 297 LECrim. a los que nos remitimos y que le atribuyen una función preventiva y al valor de simple denuncia. (V. en este sentido la STC de 23 de enero de 1995).

Ahora bien, dentro de dichos atestados se pueden encontrar diligencias a las que haya que atribuir una distinta significación; por ejemplo, el informe médico que se acompaña al atestado, la ocupación de efectos y en concreto de armas o útiles para cometer el delito de que se trate.

La Policía judicial no está autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba. (V. STC 29 octubre 1993).

Todo ello deriva de los principios que informan el proceso penal al que nos estamos refiriendo. En definitiva es la doctrina que el Tribunal Constitucional ha mantenido en orden a la presunción de inocencia. Entre las múltiples facetas de este concepto poliédrico hay una, procesal, que consiste en desplazar el “onus probandi” con otros efectos añadidos. En tal sentido, la presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro exigencias siguientes: 1ª. La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una “probatio diabolica” de los hechos negativos. En cambio, los hechos extintivos, por ejemplo la enfermedad mental [si no la alega la propia acusación, y sobre todo el Ministerio Fiscal que debe hacerlo por imperativo legal de su Estatuto y de la propia naturaleza de la Institución (v. art. 124 CE)] lo debe hacer la Defensa. 2ª. Sólo debe entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano decisor y con observancia de los principios de contradicción, oralidad y publicidad. 3ª. De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción. 4ª. La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. (V. SSTC de 13 de octubre de 1992 y 76/1990 de 26 de abril. V. también art. 120.3 CE).

Todo ello es compatible con el muy especial respeto que merece la Policía, cuya tarea está cargada de dificultades y de complejidades. Lo que sucede es que en un Estado de Derecho la función de juzgar corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, bajo unos determinados presupuestos, entre los que aparece, como ya se indicó, la afirmación de que nada puede llegar probado al juicio oral.

Por ello es tan importante conocer bien la teoría general de la llamada prueba ilícita y también de la doctrina de los frutos prohibidos del árbol envenenado. Sólo la prueba practicada con arreglo a las exigencias constitucionales y del resto del ordenamiento jurídico será apta para convertirse en soporte de una condena. Todas las demás han de ser expulsadas del proceso con todas las consecuencias.

Es decir, cualquier medio probatorio; por ejemplo, la entrada y registro en un domicilio, una intervención telefónica, etc., si se han llevado a cabo con vulneración de derechos fundamentales no valen para nada y el juez o tribunal competente habrá de declarar su nulidad: como si no hubieran existido. Para el Derecho no existieron, son como una especie de espejismo jurídico. Si fueron practicadas irregularmente, pero sin lesionar derecho fundamental alguno, las diligencias sólo valdrán si se ratifican en el juicio oral y servirán para la condena si llegan a convencer al juez o tribunal.

El problema radica en saber, en determinar, en definitiva, hasta dónde alcanza esa nulidad a la que acabamos de hacer referencia. Por ejemplo, en una intervención tele-

fónica que se ha declarado nula porque en su práctica no se han observado las prescripciones absolutamente imprescindibles para su validez, se descubre que se va a efectuar una operación de tráfico de drogas. Obviamente la conversación misma no se podrá utilizar como base de la condena, pero ¿valdrá ese conocimiento como “notitia criminis”? En mi modesta opinión, no. Por una razón muy sencilla, porque si puede valer como tal noticia (que al conocerse da lugar a una operación policial y, como consecuencia de ella se les ocupa la sustancia y se les detiene), en lo sucesivo de nada servirá que la prueba en sí misma considerada se califique de nula, de inservible, porque lo efectivo que es el descubrimiento del delito, aunque sea de manera indirecta, se habrá conseguido a través de esa prueba a la que calificamos de nula. La controversia doctrinal y jurisprudencial en orden a este importante problema está muy generalizada en todos los ambientes jurídicos y las soluciones que se apuntan son, en general, diversas y muchas veces contradictorias entre sí. En este sentido es paradigmática la controversia que en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica mantuvieron, con posiciones encontradas, los jueces Cardozo y Holmes.

La solución para mí sólo puede venir por un camino: el de hacer las cosas bien. El de que la Policía actúe siempre conforme a los principios constitucionales: que cuando haya de recibir una declaración, siendo procedente, esté presente un Abogado, a ser posible de la elección del declarante, si se trata de un preinculpado, porque la presencia de Letrado confiere, como es natural, una especial garantía a la declaración, cualquiera que sea el valor que el Tribunal haya de conceder a la misma y que cuando practique cualesquiera otras diligencias se ajuste siempre y de manera incondicional a los principios constitucionales y a las categóricas exigencias del resto del Ordenamiento jurídico.

10. CONJUNCIÓN ARMÓNICA DE TODOS LOS PRINCIPIOS

El Ordenamiento jurídico es como un puzzle, todas las piezas han de estar ensambladas de tal manera que funcionen de manera armónica. Cada pieza, sin dejar de tener una cierta autonomía, depende de las demás como las demás dependen de ella.

Todas las normas han de servir al fin último establecido en la Constitución en orden a la realización del valor justicia que se proclama en el art. 1.1 de la Ley Fundamental.

Pero, como ya hemos indicado, este valor de la justicia se ha de llevar a cabo en conjunción con otros varios. La justicia sin certeza o seguridad jurídica, en los términos a los que se refieren los profesores Castán Tobeñas, Hernández Gil, Legaz y Lacambra, Recasens, Díaz Elías, etcétera, no significa nada o significa muy poco. Y otro tanto sucede con la justicia sin igualdad o sin libertad y, por supuesto, sin solidaridad.

En todo caso es evidente que a la conformación efectiva de estos valores ha de contribuir toda la sociedad, todos los ciudadanos; sin esta activa contribución, las declaraciones legales pierden vida. De ahí la importancia de que todos nos esforcemos, y en un lugar muy destacado la Policía Judicial, por conseguir la implantación de estos valores sin los cuales muchas veces la vida no alcanza los niveles necesarios para que pueda ser calificada de digna de personas humanas.

En este sentido, la tolerancia, el respeto a los demás, aunque no sean como nosotros y piensen de manera distinta y aun frontalmente diferente, y sean de otra raza y de otra etnia o color, de una u otra tendencia sexual, etcétera. En este sentido, además de la proyección práctica que en la realización del Derecho penal pueda tener, es de elogiar el tratamiento que en el tema de la discriminación ha llevado a cabo el nuevo Código punitivo de 1995.

Esta es la gran lección que todos debemos aprender y practicar. No sé si a consecuencia de los años y de la experiencia acumulada como juez, fiscal y magistrado, además de como Abogado del Estado y Profesor universitario, con miles de alumnos, muchísimos de ellos actualmente Maestros y grandes profesionales, a los que recuerdo con especial afecto y gratitud, mi convicción es que convivir, aunque sea una aventura compleja y difícil, no lo es tanto si todos ponemos en ello una auténtica ilusión y el deseo de no dañar a los demás.

11. LA POLICÍA JUDICIAL. TRATO AL PRESUNTO DELINCUENTE. CONSIDERACIONES DEBIDAS A LA VÍCTIMA. OBSERVANCIA RIGUROSA E INCONDICIONADA DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como viene a decir el profesor Pierre-Henri Bolle, toda sociedad democrática conlleva la aparición y manifestación de situaciones de violencia (atentados a las personas) y de diferencias entre los individuos que la componen, cuyo apaciguamiento y la ordenación de estas diferencias no siempre son espontáneas, y si se quiere que las soluciones impuestas coactivamente se cumplan en los momentos contemporáneos a su aparición y desarrollo es absolutamente necesaria la intervención de la Policía.

Pero la Policía, tanto cuando actúa como vigilante de lo que se denomina “orden público” (entendido en el sentido democrático de la palabra) como cuando lleva a cabo tareas de investigación de las infracciones penales, es decir de los delitos, ha de actuar, y así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, con absoluto e incondicionado respeto a los principios y mandatos de la Ley Fundamental y depender directamente del Ministerio Fiscal y/o de los Jueces y Tribunales, puesto que su actuación ha de participar en las mismas o análogas garantías que han de rodear la actuación judicial.

De esta manera, como dicen los profesores Esteban y López Guerra, se asegura, de una parte, la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo y, de otra, supone una mayor garantía respecto de los ciudadanos, que al acudir directamente al órgano jurisdiccional ven acrecentadas, si cabe, las garantías frente a otros posibles abusos.

El art. 126 de la Constitución dice así: la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

Como en otras ocasiones, se trata de un precepto que deja abierto el tema de la Policía Judicial, como dice el profesor Almagro Nosete, que responde, en opinión del profesor Alzaga Villamil, a la mejor ortodoxia de lo que debe ser la labor auxiliar de la Policía en el esclarecimiento de los delitos.

La LECrim., cuyos principios no nos cansaremos de elogiar, asume un concepto de la Policía Judicial amplísimo en su artículo 283 al que nos remitimos, de tal manera que en vez de crear una Policía Judicial propiamente dicha, se valió de la llamada Policía Gubernativa para la realización de las correspondientes funciones de Policía Judicial.

En todo caso, como señaló con acierto el profesor Serrano Alberca, la ordenación que de la Policía Judicial hace, en sus líneas maestras, el citado art. 126 adolece de algunas imprecisiones y sobre todo de contemplar las funciones de dicha Policía de una manera especialmente reducida, teniendo en cuenta que la Policía Judicial puede intervenir e interviene en problemas de desahucios, de lanzamientos, en temas de derecho de familia, de menores, etcétera.

Por consiguiente, y como acabamos de señalar, la Policía en general y la Policía Judicial en particular desempeñan muchas funciones, pero, sin duda, todo cuanto incide en el proceso penal alcanza un muy especial relieve y significación. En este sentido cumple funciones de investigación, presenta denuncias en forma de atestados, actúa a prevención y, por encargo del juez competente o del Ministerio fiscal, lleva a cabo determinadas tareas importantes en el campo de la preparación del juicio oral correspondiente.

Las denuncias pueden presentarse ante cualquier dependencia policial o puesto de los distintos miembros que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, (art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo y art. 3º del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio), así como ante los funcionarios de la Policía judicial, (art. 4º del R.D. 769/1987) debiendo entonces proceder a la práctica de las correspondientes diligencias de prevención, a las que ya nos hemos referido, dando cuenta a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal, (arts. 284 y 285 de la LECrim.). Con toda obviedad todo cuanto queda dicho es de aplicación a las Policías Autonómicas y a las Locales.

El atestado, redactado y suscrito con las formalidades que la ley establece, constituye, como también anticipamos, una denuncia o medio de iniciación de la fase instructora (art. 297 LECrim) pero, como igualmente se indicó, no tiene valor de prueba, salvo cuando recoja datos objetivos o incorpore informes periciales, sin perjuicio todo ello del derecho de la parte acusada de rebatirlos en el acto del juicio oral.

Aunque promulgada con carácter general, parece obligado citar aquí la Orden de 30 de setiembre de 1981, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de setiembre del mismo año sobre "Principios básicos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado" que, aun sin hacer expresa referencia a la Policía judicial, a ella le es evidentemente aplicable, tal vez con especial relevancia por la naturaleza específica de las funciones a desempeñar.

En el preámbulo de este Acuerdo se cita de manera expresa la Resolución 690, (1979) del Consejo de Europa relativa a la "Declaración sobre la Policía", adoptada el 8 de mayo de 1979 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

El R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial (v. Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo y Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio), es fundamental y a él nos remitimos íntegramente. Digamos únicamente que en su exposición

de motivos se refiere, como es lógico, al art. 126 de la Constitución, a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que acabamos de citar del Poder Judicial, (arts. 443 a 446) y a la Ley Orgánica 2/1986 también citada, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La Ley está dividida en seis capítulos que tratan de la siguiente materia: I. De la función de la Policía Judicial. II. De las unidades de la Policía Judicial. III. De los criterios y normas de actuación de las unidades orgánicas de la Policía Judicial. IV. De las unidades de la Policía judicial adscritas a determinados juzgados, tribunales y fiscalías. V. De las Comisiones de coordinación de la Policía judicial y VI. De la selección de las Unidades orgánicas de la Policía judicial.

Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que tienen estas competencias, recogen en su articulado una expresiva referencia a la actuación de las Policías Autónomas como Policía Judicial, en el mismo sentido que se ha señalado con anterioridad y de acuerdo, como es lógico, con la Constitución.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, dice en su artículo 17.3 que la Policía judicial y Cuerpos que actúen en esta función dependerán de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal en las funciones referidas en el art. 126 de la Constitución y en los términos que dispongan las leyes procesales.

NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA CRIMINOLOGÍA

Como curioso contraste señalemos que el término *Criminología* que Garofalo usó –y que parece inventado por el antropólogo francés Topinard (n. 1830 - † 1911)– no solía ser empleado en Italia. Lo hace algún autor, como Niceforo, en su posición independiente dentro del positivismo, y algún otro, como Vaccaro, que no recibe el consenso de los positivistas a cuyo grupo se aproxima, en cierto modo, a pesar de sus disidencias nacidas de su correcta convicción socialista. Eugenio Florian, aunque cree que “podrían marchar juntas la Antropología criminal (y las ramas afines) y la Sociología criminal, formando una ciencia que se denominaría Criminología...”, objeta que esta expresión “no tiene un significado preciso”; mas apuntaremos que en uno de sus últimos trabajos mira ya con mejores ojos a esta ciencia, y que al fin adopta este nombre para el vocabulario científico de las disciplinas causal-explicativas del delito: *Dizionario de Criminología*, que han dirigido el propio Florian, Niceforo y Pende. En tierra italiana, por razón genética, imperaba más el epígrafe de “Antropología criminal”, para designar la ciencia que estudia los factores endógenos, y “Sociología criminal” para denominar a la rama científica que se ocupa en los influjos exógenos. En Alemania, donde Franz von Liszt une Antropología y Sociología criminales, aunque no falten muy notables publicistas que emplean ese vocablo, es lo cierto que se hallaba preterido por el más abundante empleo de la voz “Política criminal” –como ocurre en el caso de Edmundo Mezger– o del título de “Psicología criminal”, tan corriente antes y del de “Biología criminal”, que usa Lenz, y que concibe Exner más ampliamente. Pero en los últimos años campea el título de *Kriminologie* en recientes cátedras y en obras como las de Mezger, Sapier, Seelig e incluso en la del propio F. Exner que en la 3ª edición lleva ya ese nombre.

Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3ª edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 101.

CURSO DE CRIMINOLOGÍA CLÍNICA: TRES INFORMES CRIMINOLÓGICOS EN LA NORMATIVA Y EN LA PRAXIS*

* Curso celebrado en la sede del IVAC-KREI, en San Sebastián, los días 14 y 15 de marzo 1997. El programa desarrollado en este Curso aparece en la Memoria de Actividades del IVAC-KREI, pp. 335 s.

