



## La investigación policial sin control judicial como integrante de la expresión típica «mediando causa por delito» (arts. 534 a 536 del Código Penal)

**Emilio Cortés Bechiarelli**

*Profesor Titular de Derecho penal.  
Director de la Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal.  
Universidad de Extremadura.*

**Revista Penal, n.º 24.—Julio 2009**

**RESUMEN:** Los delitos comprendidos en los arts. 534 a 536 del Código penal español castigan a la autoridad o funcionario que, mediando causa por delito, lesionan los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria de los sospechosos investigados. Se trata de unos tipos penales privilegiados en relación con los genéricos de los arts. 198 y 204 del mismo texto que no contemplan ninguna pena privativa de libertad contra los condenados. El presente trabajo estudia una de las posibles modalidades comisivas de estos delitos, cual es la limitación de derechos fundamentales del investigado por parte de la Policía sin control judicial, analizándose cuáles son los límites que estos funcionarios tienen a la hora de realizar las primeras diligencias de investigación sin sometimiento a la autoridad judicial. En este sentido, basta decir que si bien es cierto que nuestra legislación y el Tribunal Constitucional español les reconocen a estos agentes la potestad de realizar esas primeras pesquisas, también impone el deber de poner inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción la existencia de indicios de delito.

**PALABRAS CLAVE:** Policía Judicial. Delitos cometidos por los funcionarios. Derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria. Instrucción criminal.

**SUMMARY:** The crimes included in articles 534 to 536 of the Spanish penal Code punish to the authority or civil servant that cause a crime, injures the fundamental rights as privacy or domiciliary inviolability. Are cases recognised as privileged penal types in relation to the generic ones included in the articles 198 and 204 that do not contemplate any privative punishment referred to freedom against the reprobate. The present work studies one of the possible modalities retained of these crimes, as is limitation of fundamental rights of the investigated one on the part of Judicial Police without judicial control, analyzing also which are the limits that these civil employees have at the time of making the first diligences of investigation without submission to the judicial authority. In this sense, is enough to say that although it is certain that our legislation and the Spanish Constitutional Court recognizes to these agents some kind of power to make those first searches, also imposes to them to put immediately in the knowledge of the Judge of instruction the existence of crime indications.

**KEY WORDS:** Judicial Police. Crimes of civil servants. Fundamentals rights as privacy or domiciliary inviolability. Criminal instruction.

**SUMARIO.** 1. Prolegómenos y encuadre de la problemática. 2. ¿Media causa por delito a los efectos de los arts. 534 a 536 del Código penal en el supuesto propuesto? 3. Policía Judicial e investigación del delito: normas básicas. 4. Excurso: el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. 5. Dimensión constitucional del debate.

### 1. Prolegómenos y encuadre de la problemática

Los tipos penales ordenados bajo la rúbrica sistemática denominada *de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad*<sup>1</sup> (arts. 534 a 536) sancionan a la autoridad o funcionario público que, *mediando causa por delito*, lesionen los mencionados derechos fundamentales del ciudadano entrando en su domicilio sin su consentimiento, registrando los papeles, efectos o documentos, cometiendo cualquier vejación injusta o daño innecesario en los bienes o interceptando cualquier clase de comunicación, incluso utilizando para tal fin artificios técnicos de escucha o grabación. Se trata de figuras delictivas que únicamente llevan aparejada penas de multa e inhabilitación (de forma acumulada o no), sin prever la privación de libertad en ningún caso, lo que sigue reflejando un tratamiento punitivo muy benigno<sup>2</sup> en relación a aquellos delitos en los que estos sujetos activos comprometen la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria ajenas, pero sin mediar causa por delito (arts. 198 y 204). Entre los arts. 534 a 536 se encuadran, a mi juicio, aquellos casos en los que los funcionarios de la Policía Judicial no observan las garantías constitucionales del justiciable investigado antes de remitir el fruto de sus pesquisas al Juez instructor competente anunciándole a su vez la *notitia criminis*, esto es, antes de que se dicte el correspondiente Auto de incoación del procedimiento de que se trate. Esta mecánica está prevista en nuestras leyes, como se comprobará, y, en consecuencia, es preciso determinar *ab initio* si las transgresiones producidas en el seno de la práctica de estas diligencias se encuadran en los arts. 198 y 204 o, por el contrario, en las modalidades privilegiadas de los arts. 534 a 536 del Código penal.

Son muchas las cuestiones que se derivan de la supervivencia de estos ilícitos, pero su abordaje excedería el espacio que demanda un estudio de estas características. Algunas, incluso estructurales, como la conveniencia de su permanencia en el Código, o la determinación precisa de su auténtico objeto de protección. En tal sentido, baste apuntar que en un desarrollo posterior de este trabajo, propondré la supresión de estos «incomprensibles e injustificados»<sup>3</sup> privilegios, así como, para el caso de que no se produzca, su reubicación sistemática en sede de delitos contra la administración de justicia<sup>4</sup>. Porque de modo manifiestamente erróneo y anacrónico, el legislador español considera que la comprobación en el proceso de que existían indicios de la comisión de un presunto delito —ya sea, a lo que parece, grave o menos grave— reduce la antijuridicidad de la acción común contra la intimidad o la inviolabilidad domiciliaria y degrada la pena hasta los límites que ya se han apuntado antes. Con toda carga simbólica —insisto— no se observa la posibilidad de imponer penas privativas de libertad, como sería menester. Lo absurdo de la prerrogativa se alcanza mejor escrutando la dimensión procesal y constitucional de estos delitos, que acaba traduciéndose en un juicio sobre la legitimidad democrática de unas diligencias de investigación predestinadas a convertirse en pruebas de cargo —o no— en el momento de la redacción de la sentencia, siempre de acuerdo con lo dictado por el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>5</sup>.

Pero, de momento, pretendo exclusivamente detenerme en un aspecto concreto que afecta al nuclear giro típico *mediando causa por delito*<sup>6</sup>, en la medida en que constituye sin lugar a dudas el eje sobre el que gira la permanencia de estos ilícitos penales. En concreto, como ya di-

1. Sección Segunda del Capítulo V del Título XXI (Delitos contra la Constitución) del Libro II del Código penal. En opinión de MUÑOZ CONDE, lo que estos delitos persiguen es «garantizar el ejercicio de los derechos de la persona frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder estatal», en *Derecho penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia, 2007, pág. 833. Cfr., monográficamente, SÁNCHEZ DOMINGO, *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código penal*, Granada, 1998.

2. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ aglutina la opinión de los autores que antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995 criticaban la «privilegiada atenuante que significaría ser funcionario público», en *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona, 1993, pág. 19. Cfr. también en tal sentido RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y derecho penal*, Madrid, 1975, pág. 254. Es cierto que el nuevo Código penal atempera esta situación, pero no lo es menos que estos tipos de los arts. 534 a 536 contienen en su texto una prerrogativa a modo de residuo del estado legal anterior. La Exposición de Motivos del mencionado texto dice sobre el particular que «en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados».

3. Como dice el pasaje de la Exposición de Motivos citado en la nota anterior.

4. En la línea propuesta por PORTILLA CONTRERAS, para quien los delitos cometidos por funcionarios que afecten a bienes jurídicos diferentes a la función pública deben distribuirse por aquellos Títulos del Código penal que protejan «el valor fundamental infringido por el funcionario, ya que el cargo es, en la mayoría de las ocasiones, tan sólo el medio utilizado en la comisión del delito», en *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, pág. 59.

5. «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

6. «Lo que diferencia a este tipo penal [el art. 534] de los demás ordinarios contra la inviolabilidad del domicilio», como reza la STS 28.4.2006.

je, trataré de analizar los casos en los que la Policía Judicial actúa sin sometimiento de especie alguna a la autoridad judicial en los momentos más incipientes de la investigación criminal que integran lo que fue definido por VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA como «la actividad precaucional» de la Policía Judicial<sup>7</sup>. Ni que decir tiene que si se ha iniciado la instrucción judicial, la comisión de estos delitos no presenta dudas. O, si se quiere, procuro dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿qué margen cronológico y funcional tienen estos agentes para impulsar el esclarecimiento del delito sin poner en conocimiento del Juzgado instructor la presunta comisión de la infracción criminal? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de esa falta de sometimiento a la autoridad judicial, es decir, de la extralimitación cronológica o *ratione materiae* de la actuación policial?

Los delitos de los arts. 534 a 536 del Código penal —como sus correlativos de los arts. 198 y 204— contienen en su núcleo un modo de entender el sistema de gobierno de nuestro país. La actuación de los agentes de la Policía Judicial (principales destinatarios de estas normas) supone un fiel termómetro de la salubridad democrática de ese sis-

tema, que se verá reforzado, de una parte, con la erradicación de cualquier suerte de autoritarismo, y, de otra, con la asignación del control de la investigación criminal desde los primeros momentos de la instrucción a la autoridad judicial<sup>8</sup>. Las citas relativas a este particular, extraídas de diferentes ramas del conocimiento se podrían suceder hasta el infinito, pero como ha señalado recientemente la ya mencionada Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2008, «en la medida en que la justicia se convierte en un poder independiente aparece la distinción entre una función policial de seguridad y orden público, dirigida por el Poder Ejecutivo, y otra de investigación criminal, dependiente del Poder Judicial». De modo que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas aun en el curso del esclarecimiento de los delitos más graves, con sujeción estricta y sin fisuras a las reglas constitucionales, debiera ser la guía básica de actuación de todos cuantos tienen asignada tan trascendente misión, huyéndose de propósito de los planteamientos funcionalistas que amenazan hoy más que nunca el entendimiento democrático de la administración de justicia en el orden penal<sup>9</sup>.

7. Tal actividad, a juicio de estos autores, es «anterior al conocimiento de la *notitia criminis* por parte del órgano jurisdiccional», como contrapunto a la «auxiliaria del mismo órgano, la cual sucede una vez iniciado ya el proceso penal», en *La detención*, Barcelona, 1977, pág. 86. El esquema propuesto se mantiene en la actualidad, pues no en vano la Ley de Enjuiciamiento criminal no ha observado ninguna reforma susceptible de variarlo, y si algo se advierte es cada vez un mayor protagonismo de la Policía Judicial en los primeros impulsos de la investigación, con proliferación de toda suerte de informes y contrainformes convenientemente comentados por la fuerza actuante con apostillas y valoraciones subjetivas de la manera más perjudicial para el sospechoso, según me ha enseñado mi experiencia. A la «alarmante *autonomía policial* condicionante y efecto de las inquietantes prácticas policiales irregulares que han sido el objeto de recurrentes denuncias» ya se refería ZÚÑIGA RODRÍGUEZ en *op. cit.*, pág. 144. En cursiva en el original. Todo este panorama se agrava si se tiene en cuenta el valor probatorio de cargo que se les viene otorgando al resultado de estas diligencias preliminares, aunque entren en contradicción con las judiciales —me refiero fundamentalmente al interrogatorio del detenido—. Así, el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 28.11.2006, concluye que «las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia», contraviniendo lo resuelto por la STC 79/1994, de 14 de marzo. Se ha superado con creces el diagnóstico que en su día elaboraran los referidos VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA cuando afirmaron que estas pesquisas policiales «no llegan a constituir siquiera una semiplena *probatio* o prueba capitidismínuida», en *op. cit.*, pág. 87. En la actualidad, y como expresa la Circular 1/2008, de 7 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, «la labor de la Policía Judicial ha de prolongarse durante toda la fase de instrucción, y sobre todo trascender al juicio oral».

8. Con carácter programático advierte GONZÁLEZ CUSSAC que «los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos representan una encrucijada del ordenamiento jurídico», en «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pág. 16. Cuanto más (añado) si se trata de los funcionarios de la Policía Judicial, cuya misión fundamental, como se comprobará luego, es «la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente» (STC 303/1993, de 25 de octubre). La STC 55/1990, de 28 de marzo, respecto al art. 104.1 CE, dice que «refleja un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). Un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los excesos y abusos, con trascendencia penal, por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el uso, en principio legítimo, de la fuerza y de los medios de coacción».

9. En tal sentido, sigo pensando que la proyección más preocupante del llamado *Derecho penal del enemigo* es la estrictamente procesal, y no tanto la sustantiva. Sobre el particular, cfr. mi trabajo «Garantías procesales para la obtención de pruebas de ADN», en *Revista Penal*, n.º 16, julio de 2005, págs. 38 y 39. De manera monográfica, MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, 2008.

Sin embargo, la realidad diaria es tozuda y con más frecuencia de la deseada se observa una incomprensible precipitación de los miembros de la Policía Judicial a la hora de acaparar indicios contra los sospechosos e, incluso, lo que es peor, contra los ya imputados<sup>10</sup>. Este frenesí indagatorio, cuando además se puede reputar indómito, ha provocado la contaminación de muchas instrucciones criminales que, a raíz de la incontinente actividad de estos agentes, han quedado, sencillamente, heridas de muerte en aplicación del referido art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y esa muerte (si no la declara el Juez instructor de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, como sería menester), la acabará certificando el juzgador, o los Tribunales Supremo o Constitucional, porque, ocasionalmente, algunos representantes del Ministerio Público no advierten (o no denuncian) la flagrante lesión de las reglas de juego constitucionales que rodean y limitan la investigación de los delitos en España, notándose relajaciones episódicas de lo prescrito con carácter programático por el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La presencia de la expresión típica *mediando causa por delicto* convierte a estos artículos del Código penal, en efecto, en normas penales en blanco<sup>11</sup>. Pero aquí surge de nuevo la invocación de una incomprensible situación legislativa, cual es la falta de sintonía entre nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal y el armazón democrático dimanado de nuestra Constitución de 1978, de modo que bien puede concluirse que las más sensibles aportaciones al establecimiento de unas reglas estáticas en materia de limitación de los derechos fundamentales del justiciable durante la investigación del delito las ha proporcionado nuestra jurisprudencia, básicamente desde el Auto de 18 de junio de 1992 (*caso Naseiro*). La Ley de 1882 se ha visto superada por la realidad política y técnica, sin que ninguno de los Gobiernos democráticos españoles haya abordado la cuestión de su reforma con resultados positivos. Dicho de otro modo: actuando como condición objetiva de perseguibilidad, si mediaba o no causa por delicto es un extremo probatorio que habrá de compadecerse no tanto con lo que dice la obsoleta Ley adjetiva sobre el particular —por mera insuficiencia—, sino con lo que nuestros Tribunales han acordado al respecto, de suerte

que el elemento integrador del delito en blanco no es otra norma, sino el tenor de unas resoluciones jurisprudenciales que han formado un acervo más o menos admitido por los Jueces y Tribunales<sup>12</sup>. Desde luego, por muy permisivo que se quiera ser con el uso de las normas penales en blanco, esta situación compromete la vigencia del principio de legalidad e introduce unas dosis de inseguridad jurídica que hacen resaltar la enorme dimensión constitucional que alcanza cuanto se expone a lo largo del presente estudio.

En definitiva, y por volver al objeto principal de este trabajo, un estudio de la legislación vigente nos aclara que, a partir de cierto momento, la Policía Judicial debe poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia del delito, cesando *inmediatamente* en su labor de pesquisa, a menos que el Juzgado de Instrucción competente le ordene la ejecución de alguna diligencia de investigación bajo su control y con respeto formal y material a los derechos fundamentales y libertades públicas del sospechoso. Escrutando estas normas (alguna incluso de rango constitucional) todavía se entiende menos cómo es posible que se sigan reduciendo a añicos los procedimientos penales por rebasar la fuerza pública los límites que la Constitución y la legalidad ordinaria le imponen. Bien es cierto que la intervención autónoma de la Policía Judicial se mueve diabólicamente entre la posibilidad de exceso (con las consecuencias penales en abstracto comentadas) y de defecto (lo que puede producir una laguna probatoria insoslayable), pero, precisamente, de lo que se trata es de reducir la frecuencia de estos supuestos límites y de, al menos, respetar las garantías constitucionales de los justiciables cuando el riesgo para el éxito de la investigación es mínimo<sup>13</sup>.

### 2. ¿Media causa por delicto a los efectos de los arts. 534 a 536 del Código penal en el supuesto propuesto?

Procede ahora justificar por qué adelanté que a mi entender las investigaciones de los funcionarios de la Policía Judicial realizadas sin observar las garantías constitucionales antes de comunicar al instructor la existencia del

10. Cfr. en este sentido la SAP Cáceres 20.10.2008 y mi comentario a la misma titulado «Policía judicial y control jurisdiccional de la investigación criminal: reglas para un tránsito inmediato», en *Revista de Derecho de Extremadura*, n.º 4, 2009, págs. 107 y ss. La Audiencia de Cáceres consideró nula la prueba documental derivada del vaciado de un CD conteniendo datos a cargo de agentes de la Guardia Civil sin autorización judicial y una vez incoada la causa penal por el Juzgado de Instrucción. A pesar de ello, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado mantuvieron la acusación en el trámite de conclusiones definitivas.

11. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, op. cit.*, pág. 847.

12. Partiendo de que a tenor del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la única jurisprudencia vinculante para los Jueces y Tribunales es la dictada por el Tribunal Constitucional.

13. No lo oculta la mencionada Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado: «se pueden plantear dudas acerca de la extensión de las actuaciones de investigación que puede realizar la denominada Policía Judicial Genérica, produciéndose situaciones de incertidumbre en los agentes policiales y de desconcierto en la percepción social, insostenibles en el ámbito de la investigación criminal, provocadas por resoluciones judiciales que otorgan distinta valoración jurídica a las actuaciones realizadas por cuerpos encuadrados en este modelo de Policía Judicial».

presunto delito deben ser enjuiciadas por los tipos de los arts. 534 a 536, y no por los genéricos contra la intimidad y contra la inviolabilidad domiciliaria (arts. 198 y 204, en sus versiones cualificadas). En definitiva, creo que puede mediar *causa por delito* sin necesidad de haberse incoado el correspondiente procedimiento penal, de manera que el giro típico sea interpretado más ampliamente, comprendiendo aquellos supuestos en que los funcionarios actúan motivados por el esclarecimiento del delito, pero sin control judicial alguno.

A diferencia de lo sostenido por parte de nuestra doctrina<sup>14</sup>, propongo que la comprobación de que el funcionario policial actuó pretendiendo el esclarecimiento de unos hechos presuntamente criminales —ya sea bajo control judicial o no— justifica la aplicación de los tipos penales recogidos en los repetidos arts. 534 a 536 del Código penal<sup>15</sup>. Si el fundamento de la benignidad de la pena de estos delitos no puede ser otro que el menor grado de antijudicialidad de quien obra extralimitándose en sus funciones<sup>16</sup>, pero con el ánimo de colaborar con la justicia<sup>17</sup>, a diferencia de quien lo realiza sin ese pretexto, prevaleciendo de su condición y con una «finalidad pública»<sup>18</sup>, es obvio que habrá de aplicarse la figura menos gravosa, reservando las genéricas cualificadas para aquellos supuestos en los que, en palabras del mismo autor, se advierte el «carácter

insidioso» de la actuación policial<sup>19</sup>. Corroborar esta tesis el hecho de que, como podrá comprobarse, a los funcionarios de la Policía Judicial se le asignan determinadas funciones dirigidas a la detención del presunto autor y a la captación de pruebas sin habilitación judicial<sup>20</sup>, con las prevenciones que haré notar en su momento, hasta el punto de que nuestro Tribunal Constitucional ha llegado a declarar que pueden actuar «a prevención de la autoridad judicial» (STC 103/1993, de 25 de octubre, dando carta de naturaleza a la «actividad precaucional» descrita por VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA). En suma; si está prevista en nuestra legislación la posibilidad excepcional y efímera de que la Policía Judicial pueda realizar pesquisas para el esclarecimiento del suceso penal sin poner en conocimiento del instructor la *notitia criminis*, es obvio que en tales circunstancias *media causa por delito*, al menos como propuesta exegética para los tipos de referencia, sobre todo si se tiene en cuenta que han de ser interpretados de la forma más favorable para los reos. Lo mismo sucede en aquellos supuestos de investigación prejudicial instada por los representantes del Ministerio Fiscal a tenor de lo dispuesto por el art. 5 de su Estatuto y por el art. 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>21</sup>. Nada de esto contraviene mi idea nuclear relativa a la necesidad de hacer desaparecer estos privilegios que, mientras sobrevivan, me-

14. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por QUINTERO OLIVARES, 4.ª ed., Pamplona, 2005, pág. 2416; RODRÍGUEZ PADRÓN, «La protección penal del domicilio», en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, pág. 108; y HERNÁNDEZ PLASENCIA, en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, coordinados por DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA, vol. II, 1994, pág. 919.

15. Para ALONSO PÉREZ no media causa por delito cuando «el funcionario actúa al margen de una investigación criminal» parece que genéricamente considerada, esto es, incluyendo las policiales, en *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 2000, pág. 108, y en «Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando causa por delito», en *La Ley*, 1998, vol. V, pág. 2073. En parecidos términos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, op. cit.*, pág. 848, que se refiere «al curso de una investigación de un delito» y NIETO MARTÍN, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por ARROYO ZAPATERO y otros, Madrid, 2007, pág. 1044, que alude al «seno de una investigación criminal». En la jurisprudencia, la SAP Madrid 20.2.2003 dice que «en el concepto de causa no sólo deben incluirse los procedimientos iniciados por una autoridad judicial, sino igualmente las actividades iniciadas por la Policía como las diligencias a prevención». Se refiere a la exégesis del art. 530 del Código penal, pero su doctrina es exportable a los tipos que me ocupan.

16. Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, pág. 833.

17. Aunque acabe consiguiendo todo lo contrario, pues las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales y libertades públicas, como ya se ha dicho, son radicalmente nulas, incluso con ciertos límites las derivadas de ellas en aplicación de lo que se denomina la conexión de antijudicialidad. Sobre su alcance y efectos, exhaustivamente, GONZÁLEZ CUSSAC, «La conexión de antijudicialidad en la prueba prohibida», en *VV.AA., Prueba y proceso penal. Análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, 2008, págs. 279 y ss.

18. Mientras que en los arts. 198 y 204 la finalidad es privada, siguiendo a PORTILLA CONTRERAS, *op. cit.*, págs. 161 y ss., extensamente. Esta distinción la mantiene NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pág. 476. Por su parte, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ ve la diferencia en el hecho de que en el tipo genérico cualificado se obra con abuso de poder, en *op. cit.*, pág. 168.

19. Para CLIMENT DURÁN media causa por delito cuando «actúan en el ejercicio de sus funciones o de su competencia», en «Delitos contra la libertad: detenciones ilegales», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pág. 81. Insisto: la Policía Judicial tiene asignada la potestad de practicar algunas diligencias relacionadas con el presunto suceso criminal sin necesidad de impulso judicial, y esa es una de «funciones o competencias».

20. En este sentido, la diferencia del actual art. 536 del Código penal con su precursor del texto de 1973 (art. 192 *bis*) es elocuente, ya que antes se utilizaba el giro «sin la debida autorización judicial». Esta novedosa redacción es de entender que no será casual, sino que pretende también privilegiar a aquellos funcionarios de la Policía Judicial que actúan, en las transcritas palabras de nuestro Tribunal Constitucional, a *prevención de la autoridad judicial*, esto es, antes de la incoación del procedimiento penal.

21. Sobre el particular, cfr. la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado. Para TAMARIT SUMALLA, estos casos sí que han de ser juzgados por los arts. 534 a 536 del Código penal, como sugiere en *op. cit.*, pág. 2416.

recen ser aplicados de acuerdo con los principios que rigen nuestra disciplina.

En consecuencia, se aplicarían los delitos de los arts. 198 y 204 cuando los agentes actúan prevaliéndose de sus cargos, de una manera arbitraria y sin poder anudar esa actividad a ninguna de las principales funciones que tienen asignadas estatutariamente: detener al presunto infractor y acaparar el mayor número posible de futuras pruebas para el esclarecimiento definitivo del suceso<sup>22</sup>. Como es natural, todos estos aspectos habrán de ser debatidos procesalmente en cada caso concreto, correspondiendo a las defensas acreditar la existencia de aquellos indicios criminales que justificaron el proceder del acusado en ese momento, es decir, que mediaba causa por delito en el sentido propuesto. Pero nótese que, a pesar de que lo que se acaba dilucidando en el proceso es el ánimo con el que actuó el agente policial, la decisión se basará en datos de naturaleza objetiva que habrán de ser puestos en conexión con las normas procesales y estatutarias que rigen el modo de proceder de estos funcionarios; es decir, es obligado que el objeto de conocimiento del dolo sea eminentemente jurídico<sup>23</sup>. Entre otras cosas, porque es menester en un Estado de Derecho poner bridas a quienes persiguen a toda costa la represión del delito posiblemente con la mejor de las intenciones, sí, pero sin someterse a las reglas democráticas dictadas en relación con la protección de los derechos fundamentales del sospechoso durante la investigación criminal<sup>24</sup>.

Precisamente, si se quieren mantener estos delitos configurados así en el Código penal, sería deseable, como dije, que se consideraran formas de lesión del bien jurídico administración de justicia<sup>25</sup>. Si bien es cierto que este valor «adolece de una cierta vaguedad e imprecisión»<sup>26</sup>, no lo es menos que la primera jurisprudencia derivada de la entrada en vigor del texto de 1995 se apresuró a decir que el objeto de tutela común de todas las figuras agrupadas bajo esa rúbrica era «la necesidad de preservar el correcto desarrollo del proceso»<sup>27</sup> o, más genéricamente, impedir

«alterar la marcha de la justicia»<sup>28</sup>. Desde esta óptica, es incontestable que la precipitación de los Policías a la hora de captar indicios, sustrayéndose del control judicial y actuando de forma libérrima, entorpece el proceso hasta el extremo de decapitarlo sin remisión. También anuncié ya que la contaminación de las pruebas de los procesos penales dimanantes de estas invasiones policiales en un ámbito que no le es propio sigue constituyendo una realidad procesal incomprensible a estas alturas de nuestra democracia, alterando muy sensiblemente la marcha de la justicia, sin que se observe una adecuada sanción para este tipo de actuaciones impropias de un Estado de Derecho.

### 3. Policía Judicial e investigación del delito: normas básicas

Si los arts. 534 a 536 del Código penal son normas en blanco, es necesario abordar el estudio de las reglas legales que integran el tipo penal, concretamente en lo atinente a la labor investigadora de la Policía Judicial sin conocimiento del Juzgado instructor, objeto principal de este estudio. Para ello, dos inconvenientes conviene reproducir ahora: el anacronismo de muchas de estas disposiciones y como ha sido la jurisprudencia la que ha colmado la ausencia de una Ley de procedimiento penal ajustada a las exigencias democráticas.

El punto de partida del desarrollo de este epígrafe no se escoge por razones cronológicas, como parecería lógico, sino de jerarquía normativa. En efecto, nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento criminal contiene un Título dedicado en exclusiva a la Policía Judicial (arts. 282 a 298, con contadas modificaciones y adiciones desde la redacción original de 1882), pero la plataforma básica se contiene en el art. 126 de la Constitución, que dispone que «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»<sup>29</sup>. Tan

22. La falta de un acervo jurisprudencial extenso en esta materia obliga a invocar la antigua STS 17.12.1971 que, en relación con la detención ilegal cometida por funcionario, dice que para su aplicación «es menester que la detención decretada sea rigurosamente arbitraria y sin fundamento legal alguno, o lo que es lo mismo, que la inexistencia del delito atribuido al detenido sea palpable y evidente». Esta doctrina entiendo que es de igual forma extensible a los arts. 534 a 536 del Código penal.

23. Sobre lo que denomina «calidad situacional» del funcionario, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 250. En cursiva en el original. Por eso la expresión *mediando causa por delito* es un elemento normativo del tipo. Cfr. sobre el particular STS 14.11.1962 y VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA, *op. cit.*, págs. 65 y ss.

24. Cita MUNOZ CONDE a QUINTANO, quien escribiera que «el ciudadano puede hacer todo lo que no le está prohibido, mientras que la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le ordena», en *Derecho penal, op. cit.*, pág. 833.

25. Cfr. nota a pie número 4 de este trabajo.

26. *Derecho penal, op. cit.*, pág. 906.

27. STS 11.4.1996.

28. STS 26.1.1996.

29. La STC 303/1993, de 25 de octubre, concluye que «a la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el art. 126 de la Constitución es la “averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría». Con este art. 126, a juicio de SÁNCHEZ AGESTA, se consigue «constitucionalizar la dependencia de la Policía Judicial de los órganos de la justicia», cita recogida por RUIZ VADILLO, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villamil, Madrid, 1987, pág. 624.

trascendente norma —por el texto en el que se inserta y por su propio tenor— es clara y terminante respecto al sometimiento de la Policía Judicial a la autoridad judicial (¡cómo no en un Estado de Derecho!), de suerte que bien pudiera concluirse su ausencia absoluta de competencias autónomas en la materia y su «dependencia funcional»<sup>30</sup>, aunque comprobaremos en seguida que en la práctica no es así. Y esta materia no es otra —no se olvide en ningún momento— que la atinente a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en el seno de la investigación criminal, con afectación objetiva de una variedad de derechos fundamentales de personas que no tienen, para su bien, que sobrepasar el siempre resbaladizo e indeterminado *status* de sospechoso, sin acabar siendo ni siquiera imputados.

Los miembros de la Policía Judicial se integran en Unidades, cuyas funciones «serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», «con la adecuada formación especializada» (arts. 29 y 30.1 LO 2/1986, de 13 de marzo, que regula las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales). Es decir: parece que nos situamos ante una norma rebosante de sentido constitucional, en la medida en que, atendiendo a la calidad de los intereses en juego, la investigación de los delitos compete a secciones especializadas. No obstante, esta regla se amplía en virtud de lo que dispone el art. 4 RD 769/1987, de 19 de junio, de regulación de la Policía Judicial, según el cual «todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación

y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial»<sup>31</sup>. A mi juicio, este precepto habrá de aplicarse de manera restrictiva y en supuestos de urgencia, pero, sea como fuere, convierte en destinatarios *de facto* de lo declarado por el art. 126 de la Constitución a la totalidad de los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Entiendo que el hecho de que, en definitiva, Policía Judicial pueda ser cualquiera supone la efectiva desnaturalización de la letra del repetido mandato constitucional que, con toda probabilidad, trataba de establecer algo distinto a lo que su posterior desarrollo impone<sup>32</sup>.

En resumen, combinando las normas citadas anteriormente, el concepto de Policía Judicial se asimilará en sentido estricto (como Unidades especializadas en la investigación del delito) y amplio (todo funcionario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, incluyendo a los de las Policías Autonómicas y Locales). Desde el punto de vista competencial, es obvio que las actuaciones a las que se refiere el art. 4 RD 769/1987 pueden realizarlas los agentes de uno y otro grupo, pero, una vez que la autoridad judicial tiene conocimiento de la existencia de la presunta infracción criminal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, el único con potestad para actuar bajo su dirección e impulso (o los del Ministerio Fiscal) es el primero, con el atributo de la formación técnica que es sabido que la legislación les obliga a recibir, resultando a mi entender manifiestamente contradictorio que la actuación abrigada por el impulso judicial exija una especialización específica, y la libérrima la pueda llevar a cabo cualquiera. El desfase de la letra del

30. En palabras de MORENO CATENA, en «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 1, 2007, pág. 87.

31. El art. 5 de la misma norma refuerza esta posibilidad al señalar que «cualquiera que sea el funcionario policial que haya iniciado la investigación, habrá de cesar en la misma al comparecer para hacerse cargo de ella la autoridad judicial». El art. 547 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: «La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias». Cfr. igualmente los arts. 29.2, 38.2, apartado b), y 53.1, apartado e), LO 2/1986.

32. Se muestra a favor de la especialización de forma expresa RUIZ VADILLO, *op. cit.*, pág. 633. Sin embargo, PORTILLA CONTRERAS critica la falta de preparación concreta que todavía hoy se puede notar, excepción hecha de determinadas unidades, a la vez que considera una auténtica «ficción» que se consideren miembros de la Policía Judicial a quienes «no pasan de ser meros auxiliares administrativos», en *op. cit.*, pág. 177, y en referencia al art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Sea como fuere, lo cierto es que este precepto de la ley adjetiva sigue vigente y establece que integran la Policía Judicial, por ejemplo, los Alcaldes, los Tenientes de Alcalde, los Guardas de montes, campos y sembrados o los serenos (*sic*). A pesar del anacronismo y falta de conexión con el régimen de libertades individuales impuesto por nuestra vigente Constitución, la Consulta 2/1999 de la Fiscalía General de Estado concluyó que «el marco legal de referencia al que remite el artículo 126 de la Constitución española como definidor de los términos en que se debe mover el desempeño de la función de Policía Judicial comprende, no excluye, al precedente artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento criminal cuya vigencia no se ve comprometida en este punto por la entrada en vigor de la Constitución española y de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (*sic*). Por último, ha de reseñarse que esta tesis expansiva del concepto de Policía Judicial la refrenda, respecto al art. 283, el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14.11.2003.

art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento criminal es rabiosamente notorio desde todos los puntos de vista.

Una valoración sosegada de esta situación normativa invita a pensar que, como ya expuse, las atribuciones de los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado son excesivas en relación con lo que declara el art. 126 de la Constitución, separándose demasiado la actuación policial del control judicial. Probablemente se haya ido más allá de lo deseable a la hora de dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el giro *en los términos que la ley establezca*. Pero la realidad es que las cifras de delito no decrecen y son ellos quienes se encuentran día a día a pie de calle y, consecuentemente, ha de establecerse un cierto margen de autonomía a favor de estos agentes que, para nutrirse de más fortaleza constitucional, bien pudiera verse complementado, de una parte, con una formación sólida inclinada hacia la tutela de los derechos de los sospechosos, y, de otra, con la aplicación más frecuente del régimen sancionador y del Código penal cuando se cometan abusos de cualquier orden contra esas garantías (arts. 534 a 536). El proceso penal no debiera resolverse en tablas, valga el símil, a raíz de la nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente por la Policía; esto es, el justiciable queda satisfecho al ser absuelto por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y el funcionario sin ser corregido por su exceso y, además, mostrándose en ocasiones incomprendido y como una especie de víctima del sistema democrático.

Por último ha de subrayarse que a la Policía Judicial se le reconoce la función de comprobar un mínimo de verosimilitud de la denuncia que se le presenta, en aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, «a fin de evitar la precipitada comunicación de las recibidas cuando por el anonimato o por su vaguedad lo comunicado, aun siendo suficiente para iniciar una investigación en sede policial dirigida a comprobar la información recibida, no lo sea para proceder sin más a trasladar su recepción a la autoridad judicial»<sup>33</sup>.

Pero una vez que objetivamente cese esa situación de urgencia y necesidad que justifica la intervención autónoma de los funcionarios policiales será el momento de comunicar al Juzgado de Instrucción, sin más demora, el re-

sultado de las diligencias realizadas, con la aportación del consiguiente atestado, como garantía formal documentada de la actuación reglada de estos funcionarios.

En este aspecto juega un papel fundamental lo dispuesto por el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que reza como sigue:

«Inmediatamente que los funcionarios de Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público, o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención.

En otro caso lo harán así que las hubieren terminado».

#### 4. Excurso: el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal

En efecto, este precepto actúa de fulcro entre el impulso policial de la investigación y el judicial, de suerte que el mecanismo que contempla —que data de la redacción original de la ley adjetiva de 1882— se ha apuntalado con normas posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, adaptándose así al acervo normativo derivado del nuevo régimen político<sup>34</sup>. Procedo a su análisis detenido.

a) *Cuándo. La duración.* El uso del adverbio *inmediatamente* expresa el nivel de celeridad que se demanda en este tránsito y pone de manifiesto que en un Estado de Derecho lo ideal es que el dominio del hecho de las pesquisas (utilizando un giro bien conocido por los penalistas) lo ostenten cuanto antes los Jueces de Instrucción. El art. 295 de la Ley de Enjuiciamiento criminal llega incluso a cuantificar el plazo del control policial de las investigaciones cuando dispone que «en ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado»<sup>35</sup>. La experiencia diaria nos enseña que este lapso se extiende en el tiempo injustificadamente, sin acreditarse esas razones de fuerza mayor, y que los resultados de estas investigaciones policiales acaban integrando el conjunto de pruebas de cargo utilizables contra los acusados<sup>36</sup>. Esta cláusula se comple-

33. STS 24.2.2000, que termina diciendo que «la Policía puede y debe, dentro de lo posible, comprobar en tales casos la seriedad de la denuncia o su posible falsedad, sin limitarse a actuar mecánicamente como transmisor o correo de cualquier denuncia recibida».

34. Como el art. 549.1, apartado a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, además del mencionado art. 5 RD 769/1987, que conmina a los funcionarios de la Policía Judicial que hayan iniciado la investigación a «cesar en la misma al comparacer para hacerse cargo de ella la autoridad judicial o el Fiscal encargado de las actuaciones».

35. El régimen de sanciones establecido para los supuestos de incumplimiento revela el grado de interés que despiertan estos casos de exceso policial, pues la redacción del mencionado art. 295 se completa de este modo: «Los que infrinjan esta disposición serán corregidos disciplinariamente con multa de 250 a 1.000 pesetas, si la omisión no mereciere la calificación de delito, y al propio tiempo será considerada dicha infracción como falta grave la primera vez y como falta muy grave las siguientes. Los que, sin exceder el tiempo de las veinticuatro horas, demorasen más de lo necesario el dar conocimiento, serán corregidos disciplinariamente con una multa de 100 a 350 pesetas, y además esta infracción constituirá a efectos del expediente personal del interesado, falta leve la primera vez, grave las dos siguientes y muy graves las restantes».

36. Cfr. nota a pie número 7 *in fine* de este trabajo.



menta con la impuesta por el párrafo primero *in fine* del art. 284.1 de la ley adjetiva, según el cual, como es sabido, la participación *inmediata* de la Policía Judicial a la autoridad judicial de la perpetración del presunto delito se condiciona al hecho de que aquélla pueda hacerlo *sin cesar en la práctica de las diligencias de investigación*. Difícil equilibrio.

Así las cosas, es evidente que el plazo no está tasado definitivamente de forma fija —como sí sucede en el art. 771.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en relación con la práctica de determinadas diligencias relacionadas con los deberes de información a las víctimas y al imputado, para el que se prevé *el tiempo imprescindible y, en cualquier caso, durante el tiempo de la detención*<sup>37</sup>—, sino que habrá de aquilatarse judicialmente en cada caso, lo que otorga a los Jueces y Tribunales españoles un margen amplio de discrecionalidad en la materia; son ellos, en definitiva, los que, ponderando las circunstancias del caso, decidirán si la actuación de la Policía Judicial supera o no el filtro de legalidad que impone el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, esto es, qué tipo penal ha de aplicarse, y hasta si la conducta está justificada. Y más importante que eso: han de dirimir si los productos de las diligencias policiales obtenidas sin notificación previa a la autoridad judicial cuando era menester son susceptibles de ser valoradas como indicios para la apertura del juicio oral, o como pruebas de cargo en el plenario. Ésta es la clave, porque no se olvide que la STC 303/1993, de 25 de octubre, propone que «cuando al dato de la objetividad de las actuaciones contenidas en el atestado se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de introducirse en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes. Así sucede, por ejemplo, con la recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantadas sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia».

En relación con la tarea de fijar el alcance del término legal *inmediatamente*, la misma STC 303/1993, de 25 de octubre, señala que «para que tales actos de investigación [se refiere a la custodia de las fuentes de prueba] posean

esta última naturaleza se hace preciso que la Policía Judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues no en vano la Policía judicial actúa en tales diligencias “a prevención” de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena». La *urgencia* y la *necesidad*<sup>38</sup> son, pues, los por demás resbaladizos criterios rectores en esta materia, sin olvidarse nuestra jurisprudencia de que la Policía Judicial cuando actúa de forma urgente «lo ha de hacer acomodándose en lo posible a las normas procesales que regulan la intervención judicial, concretamente procurando la participación de los imputados y sus respectivos letrados» (STS 28.5.1999<sup>39</sup>). Es ésta una manifestación más del hecho de que los funcionarios policiales actúan como si de delegados de la autoridad judicial se tratase.

b) *Cuánto. Las diligencias.* La Ley de Enjuiciamiento criminal atribuye aparentemente al Juez de Instrucción de forma exclusiva la materialización de determinadas diligencias de investigación. A título de ejemplo, su art. 326 le impone la obligación de retirar y custodiar los vestigios o pruebas materiales del delito —incluso aquellos analizables biológicamente—, así como la inspección ocular del lugar de los hechos<sup>40</sup>. El art. 334 dice, por su parte, que el Instructor «procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en el que éste se cometió». La primera cuestión que se suscita es si en estos supuestos es posible que los miembros de la Policía Judicial actúen de igual forma «a prevención de la autoridad judicial» (usando la terminología propuesta por la STC 303/1993), y la segunda, en conexión con la anterior, es si les está permitido llevar a cabo cualquier clase de diligencia de investigación, o si existe algún tipo de restricción.

Respecto al primer interrogante, la jurisprudencia, tomando como criterio rector lo dispuesto por los arts. 282

37. Setenta y dos horas, por regla general, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 17.2 de la Constitución. Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre que declara inconstitucionales algunos artículos de la LO 1/1992 sobre protección de la seguridad ciudadana.

38. A juicio de la STS 14.4.1997 es urgente la actuación de la Policía Judicial «cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de pérdida o de sustracción u otra razón que no permita acudir al Juez para que éste actúe». Por su parte, la referida STC 341/1993, de 18 de noviembre, confirma el carácter indeterminado de estos conceptos cuando propone que la flagrancia es una «situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito».

39. Esta doctrina parece matizarla el ATC 108/1995, de 27 de marzo, liberándola algo del rigor de la sentencia citada en el texto principal, cuando afirma que «siempre que haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, la Policía Judicial está autorizada por el ordenamiento a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia, que tendrán el valor de prueba preconstituida aun cuando no estuvieran presentes en la correspondiente diligencia los ocupantes del vehículo debidamente asistidos por sus Abogados».

40. «El Juez instructor o el que haga sus veces», reza esta norma. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se colige que la Policía Judicial puede también sustituirle en estas tareas, como sostengo en el texto principal.

de la Ley de Enjuiciamiento criminal, 443 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 1 y 28 RD 769/1987<sup>41</sup>, concluye que la Policía Judicial «está facultada por sí y ante sí a efectuar las diligencias necesarias para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito», como propone la SAN 30.11.2005<sup>42</sup> cuando exista para estos objetos «verdadero peligro de su desaparición<sup>43</sup>». Además, la STS 27.12.2006 impone la regla de que «la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Estimación que no quebranta el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni se causa indefensión, por el hecho de que las huellas dactilares, obtenidas por los especialistas en identificación, sean remitidas a los respectivos Gabinetes científicos». En el mismo sentido, añade la SAP Barcelona 17.10.2005 que «sería absurdo, por ejemplo, que la aprehensión de drogas ilícitas por la policía en el momento inicial de su investigación pudiese constituir una diligencia de investigación ilícita o nula por no haber sido el Juez instructor quien hubiera recogido dichas drogas»<sup>44</sup>.

En suma; a la hora de la verdad, el hecho de que los arts. 326 o 334 de la Ley de Enjuiciamiento criminal encomienden al Juez de Instrucción la práctica de las primeras diligencias de investigación en el lugar de la comisión del delito (en régimen de exclusividad, al menos programáticamente<sup>45</sup>) «no es excluyente de la intervención y colaboración policial, porque a la Policía Judicial corresponde averiguar los delitos públicos» (STS 16.4.1999).

Esta interpretación jurisprudencial del art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento criminal —cuando no mera recreación utilitarista— no debiera sostenerse en tan amplios términos y ha de ser matizada. Para empezar, resulta desconcertante que la Ley de Enjuiciamiento criminal contenga dos normas materialmente contradictorias, en la medida en que, de una parte, impone el control judicial excluyente de unas diligencias específicas, pero, por otra,

habilita a la Policía Judicial de igual forma para este fin con carácter general y sin condicionamiento de clase alguna, como podría ser la constatación de la urgencia a la que es sabido que se refieren nuestros Tribunales en otros casos análogos. Por eso, puestos a tener que elegir ante tan flagrante antinomia, y situados ahora en un marco constitucional tan diferente a aquel en las que fueron dictadas, las normas imperantes en todo caso y con escasísimo margen de fisura son los arts. 326 y 334 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que se imponen al tenor del 282 de la norma adjetiva. Y es que parece claro que la presencia de la autoridad judicial no puede ser suplantada tan alegremente por razones de pura intencionalidad. No se entiende, pues, que nuestro Tribunal Supremo declare de forma categórica que «la Policía Judicial está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración» (STS 26.1.2000). Tal facultad, de existir, ha de reputarse excepcionalísima y habrá de justificarse con un soporte documental exhaustivamente probatorio que contenga la argumentación que satisfaga el canon de proporcionalidad de la diligencia.

Por todo ello, me inclino a favor de determinada línea jurisprudencial que atempera los amplios márgenes de actuación otorgados por regla general a la Policía Judicial por las referidas resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia. Así, por ejemplo, la STS 14.4.1997 recuerda que la labor investigadora de los agentes «no puede servir para modificar las normas procesales antes referidas [arts. 326, 334, 332 y 336 de la Ley de Enjuiciamiento criminal] que de modo preceptivo imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de efectos». Igualmente, la STS 21.1.2000 propone una exégesis del repetido art. 326 sumamente sugerente: «la función de la Policía respecto de las huellas materiales del hecho no es su recolección por sí y ante sí, sino la de mantener el lugar del hecho preservado de toda interferencia hasta el momento en el que se haga presente el Juez de Instrucción<sup>46</sup>».

Y ello sin desdeñar la tesis mantenida por la STS 27.12.2006, según la cual las actividades de investigación

41. En «combinada aplicación» con el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, como dice la STS 27.4.2000.

42. Al igual que las SSTs 1.10.2001, 20.12.2000 y 27.12.2006. En la doctrina, GÓMEZ COLOMER entiende que la Policía Judicial se encuentra habilitada para llevar a término las llamadas diligencias de prevención, que son aquellas a las que se refiere el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en VV.AA., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 16.ª ed., Valencia, 2008, pág. 133.

43. La STS 14.4.1997 aclara algo más esta exigencia cuando afirma que «la validez como prueba preconstituida sólo lo puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia, es decir, cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de pérdida o sustracción u otra razón que no permita acudir al Juez para que éste actúe».

44. Sobre esta materia, ALONSO PÉREZ, «Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas», en *La Ley*, 1997, vol. V, págs. 1875 y ss.

45. La misma STS 14.4.1997 explica que estas obligaciones tienen su justificación «no en desconfianza alguna hacia la Policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes referidas, es a la Autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un propio y verdadero contenido procesal». Desde otro prisma, la STS 21.1.2000 aclara que «en todos estos casos el legislador ha querido establecer una especial garantía a través de la actuación judicial con miras a salvaguardar el derecho de defensa en el momento mismo de la obtención de la prueba».

46. Concluye esta sentencia afirmando que «la obtención de huellas materiales y entre ellas las dactilares debe tener lugar bajo control judicial». Expresamente en contra, las SSTs 26.1.2000 y 20.12.2000, que consideran que esta diligencia se sitúa extramuros de lo dispuesto por el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

de la Policía Judicial y de la autoridad judicial serían diferentes; en efecto, «cuestión distinta de estas diligencias policiales es la inspección ocular llevada a cabo durante la instrucción sumarial y que debe ser llevada a cabo por el Juez de Instrucción, inspección ocular judicial que no puede confundirse ni asimilarse con las diligencias de investigación llevadas a cabo por técnicos de la Policía Judicial tendentes, como en el caso de autos, a la búsqueda de huellas digitales, fin específico que exige su llevado a cabo por técnicos especializados». Como se ve, existen diversas posturas jurisprudenciales para aplicar una realidad diaria condicionada por la alarmante escasez de medios humanos que padecen tanto las Fuerzas de Seguridad como la administración de justicia en sentido estricto y motivada, en última instancia, por la falta de coraje político para, de una vez por todas, redactar una norma de procedimiento penal que se compadezca con el régimen democrático vigente y que evite esta clase de contradicciones legales. En este reparto de funciones entre la Policía Judicial y el Juzgado de Instrucción ni monta tanto, ni tanto monta.

En conexión con lo anterior, y respondiendo a la segunda de las preguntas formuladas párrafos atrás, se habrá advertido ya que la jurisprudencia dominante se inclina a favor de no restringir las actividades de la Policía Judicial en estos momentos incipientes de la investigación, pudiendo desarrollar incluso aquellas que afectan a derechos fundamentales, siempre que se obre (respetando así el mandato jurisprudencial) a prevención de la autoridad judicial y en casos de urgencia. En este sentido, solo de la lectura de los arts. 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal (Título VIII del Libro II) cabe extraer, *a sensu contrario*, alguna limitación, concretamente las relativas a las diligencias de intervención de la correspon-

dencia y de las conversaciones telefónicas, ya que, en supuestos excepcionales, se llega a permitir incluso la entrada y registro domiciliarios por parte de los agentes de la Policía<sup>47</sup>. Pero salvo estas singulares pesquisas, el resto de las toleradas por el derecho son susceptibles de ser realizadas por estos funcionarios<sup>48</sup>.

c) *Cómo. El atestado como garantía formal.* Naturalmente, esta equiparación efectuada por la jurisprudencia mayoritaria entre las labores judicial y policial en determinados casos ha de someterse siempre a la formalidad que impone la redacción precisa del atestado<sup>49</sup>. Sentado que hasta la labor del Juez instructor ha de documentarse y motivarse convenientemente, la SAP Castellón 15.6.1999 advierte que «cuando sea la Policía Judicial la que actúe, las exigencias no pueden ser menores»; añadido, por mi parte, que habrían de ser mayores. Así, la STS 26.2.1999 concluye que «los funcionarios de la Policía Judicial que actúan en tareas de investigación delictiva están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, por lo que, de conformidad con lo establecido en el art. 292 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito». Se trata, en suma, de una derivación de lo dispuesto por el art. 292 de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>50</sup>, a modo de presupuesto básico sobre el que dilucidar más tarde el valor jurídico atribuible a este documento.

Dice la STC 173/1997, de 14 de octubre, que «solo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía *firmantes* del mismo»<sup>51</sup>. No se concibe, pues, la

47. «Los Agentes de Policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 *bis*, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido» (art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Cfr. ALONSO PÉREZ, «Concepto de delito flagrante y su relación con la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado», en *La Ley*, 1998, vol. VI, págs. 2253 y ss.

48. La toma de muestras indubitadas de ADN presenta un régimen singular a tenor de lo dispuesto por el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, que dice: «La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». No parece demasiado coherente que la misma Sala del alto Tribunal, por una parte, reconozca un amplísimo margen de actuación a los miembros de la Policía Judicial y, por otra, dicte una habilitación específica cuando de restos biológicos se trata. Cfr. mi comentario crítico a este Acuerdo —y a todos los de su especie— en «Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)», en *Revista Penal*, n.º 18, julio de 2006, págs. 45 y ss.

49. Sobre este documento, *in extenso*, GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, págs. 135 y ss.

50. «Los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito».

51. La cursiva es mía. Distinto régimen observa el informe pericial definitivo, que puede no ser ratificado en el juicio oral «particularmente cuando ha sido realizado por organismos oficiales, si nada se propuso al respecto como prueba para el juicio oral» (STS 24.9.2001, citando doctrina constitucional).

procedencia de una prueba testifical de los agentes actuantes sin la preexistencia del correspondiente atestado, pues, en definitiva, «esta diligencia puede ser judicializada a través de la presencia de los miembros actuantes» (STS 30.5.2000), nunca a la inversa: no se puede dejar al albur de la memoria aspecto alguno de una prueba tan fidedigna. Recuérdese, por ende, que la imprescindible plasmación documental de la recogida de indicios alcanza a la autoridad judicial —cuanto más a la policial—, lo que hace que la STS 23.11.2001 afirme con acierto que «la norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se puede formar idea cabal de los mismos».

En consecuencia, el rigor de la pesquisa policial se supedita al cumplimiento del requisito formal de la confección del atestado, pormenorizando éste los extremos fácticos de la práctica de la diligencia.

Respecto a los delitos de los arts. 534 a 536 del Código penal, parece lógico pensar que habrán de plasmarse en el atestado los motivos por los que el funcionario policial se vio en la obligación de actuar de ese modo. Habrán así de acreditarse por esta vía las causas por las que se prescindió de la obligación genérica de poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de indicios delictivos, lo que podría provocar la existencia de un concurso de delitos con la correspondiente falsedad en documento oficial si sucede que el agente plasma en el atestado razones inexistentes para tratar de justificar su proceder, o, al menos, para que se le aplique alguna de las modalidades privilegiadas que giran en torno a la mediación de causa por delito.

### 5. Dimensión constitucional del debate

Algunas conclusiones pueden ya extraerse de cuanto se ha escrito hasta el momento, resumidas del siguiente modo: la cuestión de los límites de la intervención de la Policía Judicial en la investigación de los delitos es una materia constitucionalmente recogida y requiere sin demora una adaptación de la Ley de Enjuiciamiento criminal a esta realidad porque escenifica un muy dificultoso punto de equilibrio entre la necesidad de reprimir los delitos y el ejercicio material de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los justiciables. Sentado lo anterior, procede destacar someramente las consecuencias jurídicas que debieran derivarse de la actuación invasora de los miembros de la Policía Judicial en el ámbito estrictamente judicial en sentido estricto, más allá de la

exégesis de la tipicidad de los arts. 534 a 536 del Código penal.

El debate supera con creces lo argumentable al ras de la legalidad ordinaria, alcanzando automáticamente una trascendente dimensión constitucional. Es incuestionable que la falta de sometimiento policial a las reglas impuestas por la legislación española habrá de estimular sin más trámite los efectos del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece, como es sabido, que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Esta transgresión constitucional puede alcanzar en el presente caso una repercusión inmediata y otra mediata. Dentro de las consecuencias anudadas al primer grupo ha de destacarse la relativa a la lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ya que, en efecto, como declaró la STC 49/1999, de 5 de abril, «la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, comportando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro».

De igual manera, la STC 170/2003, de 29 de septiembre, añade que «en la medida en que se han valorado como actividad probatoria de cargo los informes periciales efectuados sobre un material informático que se incorporó sin que quedara acreditado el cumplimiento de las debidas garantías de custodia policial y control judicial sobre su identidad e integridad, debe declararse que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías».

Además, la lesión del principio de legalidad es manifiesta. Si el régimen legal de actuación de la Policía Judicial en estos casos ha sido establecido en la ley de forma más o menos expresa, resulta obvio que la adulteración de estas reglas del juego produce una quiebra de este principio genéricamente considerado<sup>52</sup>, así como la desigualdad de armas originada por la situación de prevalencia de los poderes públicos por esta vía. Pero por encima de estas mermas constitucionales se alzan con más transparencia las desprendidas de las omisiones en la realización de la diligencia, que entroncan de forma directa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La restricción de las garantías de los investigados en el seno de la instrucción criminal ha de realizarse por regla general de manera motivada y en virtud de Auto, exponiéndose razonadamente los argumentos que rodean la medida y haciendo notar la proporcionalidad entre la injerencia en el derecho

52. Aunque el Tribunal Constitucional haya declarado que «este principio se extiende exclusivamente a las normas penales o sancionadoras sustantivas y no a las procesales» (STC 229/2003, de 18 de diciembre), criterio que no parece compartible, especialmente cuando afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

y el fin que se persigue. La sustracción de la Policía Judicial a la autoridad judicial del impulso de estas exigencias formales no podrá restañarse nunca, ni admite convalidación posterior, sencillamente por el desbordamiento de atribuciones que se ha producido, arrogándose los funcionarios policiales unas potestades exclusivas de los Jueces de Instrucción en un Estado de Derecho que persiguen la evitación de situaciones históricas que se habrían de entender superadas.

Las anunciadas lesiones mediatas afectan, además, a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. La invasión de la Policía en estos derechos sin la autorización judicial hace aflorar en la instrucción la certeza de la falta de legitimidad de la fuerza actuante para tal fin, e, incluso, toda suerte de dudas sobre la preexistencia cierta de los datos en los soportes incautados y la fiabilidad de la cadena de custodia. Y es que las diligencias de investigación adquieren un significado esencialmente procesal y su vocación es la de acabar siendo valoradas como pruebas en el juicio oral, por lo que las garantías que rodean su incautación han de ser aseguradas por la autoridad judicial. Parece elemental en un régimen democrático.

Precisamente por el entronque constitucional que estos abusos policiales alcanzan, es por lo que no se entiende que el Código penal mantenga en esos términos la letra de los arts. 534 a 536, previendo únicamente penas de inhabilitación para tales supuestos. Resulta muy llamativo comparar el número de instrucciones criminales declaradas nulas por los Juzgados y Tribunales españoles como consecuencia de la precipitación policial con la escasísima

persecución penal de estos hechos y todavía menor número de condenas encontradas<sup>53</sup>. La *ratio* es incomprensible y obedece a una falta de iniciativa procesal injustificable. Y la contumacia de estos últimos datos encuentra explicación, además de por otras razones, en el hecho de que en muchas ocasiones el Ministerio Fiscal, en lugar de solicitar la deducción de testimonio por la presunta comisión de alguna de estas figuras, mantiene la acusación tratando de ese modo de validar la prueba nula. El mundo al revés.

Una última reflexión. Puestos a regular con verdadera fortaleza democrática el quehacer diario de la Policía Judicial, también debieran establecerse pautas rígidas para el momento del tránsito de las diligencias policiales a la autoridad judicial. Se nota en la práctica cómo en ocasiones los funcionarios policiales escogen estratégicamente —por ser suave— el día en el que ha de aflorar judicialmente cuanto investigaron, eligiendo de propósito al Juez de Instrucción que se prefiere para continuar la investigación. El grado de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los instructores no es desde luego uniforme y suceden curiosas coincidencias en modo alguno atribuibles a la mera casualidad que denotan una cierta *vis atractiva* de determinados Juzgados o, mejor, de determinados Jueces. Y todo ello con el consiguiente compromiso para el derecho fundamental a un Juez predeterminado por la ley, en la medida en que este modo de proceder evita la aleatoriedad de las normas de reparto. Y es que las conexiones de la labor de la Policía Judicial con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española son infinitas, y por eso tanta improvisación en la materia no encuentra justificación alguna.

53. Cfr. SAP Madrid 4.4.2005 —caso de las escuchas del CESID—26.5.1999, confirmada por la STS 22.3.2001 (caso Perote).