

**EL VALOR PROBATORIO DE LA ACTIVIDAD
INVESTIGADORA DE LA POLICÍA JUDICIAL.**

Javier Hernández García, Presidente de la
Sección Cuarta, Penal, de la Audiencia
Provincial de Tarragona.

El valor probatorio de la actividad investigadora de la Policía Judicial.

1. Introducción.

El objeto de la presente comunicación no pretende, ni mucho menos, agotar el análisis de los innumerables aspectos y problemas que sugiere, desde el plano del proceso y de su aplicación jurisdiccional, una materia como la que le sirve de encabezamiento. No creo exagerar al afirmar que la cuestión enunciada se sitúa en el epicentro del sistema procesal y que su desarrollo sistemático y completo no podría hacerse con rigor sin diseccionar múltiples planos que atienden a los sujetos procesales, al reparto institucional de funciones y al papel que debe atribuirse, por un lado, a la fase previa y preparatoria de juicio y, por otro, al juicio oral, como espacio de producción probatoria y de decisión. Ello permite ya apuntar la concurrencia de un grave óbice de oportunidad. En efecto, sin perjuicio de la relevancia sincrónica de la cuestión, la reforma futura, esperada y necesaria del proceso deberá comportar el abordaje de forma directa y sistemática todas las cuestiones que afectan al sistema de adquisición procesal de las evidencias, los métodos de producción probatoria de aquéllas y, no por orden de importancia, los modos decisionales de los jueces y las reglas atributivas de valor probatorio.

Tampoco creo equivocarme si afirmo que la necesidad inaplazable de reforma se justifica sobradamente solo atendiendo a la irresistible situación en la que nos encontramos con relación a la materia probatoria en un sentido amplio. A mi parecer, y a efectos dialécticos, no considero que la eterna cuestión sobre la mayor o menor acusatoriedad del modelo y su proyección en cuanto a la definición de espacios de actuación de los diferentes sujetos procesales supere en importancia a lo que atañe, nada más y nada menos, que a los mecanismos con los que puede contar el Estado para pretender atribuir responsabilidad penal a un ciudadano con la consecuente pérdida de libertad.

Los evidentes trazos de contingencia entre modelo de ejercicio y desarrollo de la acción penal, por un lado, y modelo de adquisición y producción probatoria,

por otro, no debe impedir graduar las diferentes consecuencias que se derivan de la inadecuada o insuficiente regulación de uno u otro aspecto.

Situándonos en la realidad que nos envuelve, basta asomarse al balcón de la regulación procesal para concluir sobre la existencia de un notable déficit de disciplina legal de la materia probatoria. Ciertamente, las zonas de anomia superan, en mucho, a las zonas reguladas lo que permite describir la situación mediante el símil de la **piel de leopardo** al que se refiere TARUFFO. Así, las manchas de la piel equivaldrían al área disciplinada jurídicamente, mientras el fondo equivale a la parte no regulada que queda sometida a los criterios de racionalidad. El valor descriptivo del ejemplo sirve para plasmar gráficamente las relaciones entre el principio de la libertad de prueba -*Free Proof* - y el de la disciplina jurídica. Relaciones que si bien en el sistema angloamericano han funcionado razonablemente bien al convivir, aún con fricciones, el principio de la *Free Proof* junto con precisas reglas delimitadoras del contenido posible del sistema de adquisición, en los modelos continentales, en particular en el nuestro, ha conducido a una situación de incerteza y preocupante irracionalidad.

En efecto, las exigencias derivadas del paradigma garantista-cognitivo que se decanta de nuestra Constitución obligan a una adecuada identificación de las normas que regulan la admisión, la formación, la validez y las condiciones de eficacia de los diferentes medios de prueba. Ello no supone retornar a un modelo de prueba legal incompatible con las exigencias de racionalidad ni supone excluir todo espacio de operatividad al principio de la *Free Proof*, sino ordenar, en términos previsibles y de manera respetuosa con los derechos fundamentales, la actividad de adquisición probatoria del Estado.

La ausencia de un cuadro normativo completo y sistemático de reglas de exclusión –de medios, de métodos o de temas de prueba- que individualice el alcance de las cláusulas constitucionales y que actúe como guía general y coherente de la actuación validadora de los tribunales; la ausencia de una adecuada tipificación de los medios de prueba cuya práctica puede afectar a derechos fundamentales de primer orden; la falta de una precisa regulación de

los presupuestos de adopción de medidas altamente injerentes que normativice condiciones indispensables de proporcionalidad – límites por la gravedad del delito, límites temporales (recordemos las dos condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la baja calidad de la regulación de las intervenciones telefónicas) -; o la falta de una rigurosa disciplina del elemento de la contradicción en la formación de los medios de prueba y en las condiciones de utilizabilidad acreditativa son factores que patentizan, de manera dramática, una indolente actitud omisiva del legislador.

Insostenible déficit de disciplina legal que ha estimulado una no menos preocupante situación de *suplencia judicial*, con todas las implicaciones constitucionales y políticas que ello arrastra, y la correlativa aparición del fenómeno, bien descrito por MANTOVANI, de *ordenamiento jurídico oculto*. En pocos campos como el del proceso penal, y en particular en el de la actividad probatoria en un sentido amplio, se aprecia el aumento del poder configurativo de los jueces, con los riesgos de incerteza que ello implica.

En efecto, la labor del Tribunal Constitucional, y a su rebufo de los tribunales ordinarios, ha generado multitud de reglas en orden a identificar las condiciones de validez de los medios de prueba tanto para su producción como para su posterior valoración judicial. Y es en este sector del fenómeno probatorio donde encontramos, sin duda, un mayor grado de incerteza, de dispersión, de incongruencia. Muchas regulativas de origen jurisprudencial que además, muchas de ellas, desaparecen y aparecen en función de circunstancias, a veces, poco claras. Las oscilaciones en la propia jurisprudencia constitucional respecto a las condiciones de validez de la producción probatoria junto a la situación de anomia a la que ya nos hemos referido provoca situaciones sonrojantes tales como que en un tribunal provincial la ausencia de antefirma del secretario judicial en la entrada y registro haya sido considerada causa de nulidad de la evidencia obtenida; o que en otro se otorgue valor probatorio de cargo a la declaración ante la policía del testigo, en condiciones de nula contradicción; que en algunas Audiencias, antes de la reforma de 2003, se admitiera la legitimidad de la extracción de sangre del inculcado como prueba biológica y en otras se rechace por su

atipicidad; que en la propia Sala Segunda se califique como actuación ilícita de aseguramiento de la fuente de prueba biológica la realizada por la Policía Judicial y pocos meses después se valide, otorgándole potencial probatorio; que en algunas decisiones se rechace el valor probatorio de la declaración autoinculpatoria preprocesal y en otras se admita.

Ello conduce a una situación de irracionalidad no gobernable, en afortunada expresión de AMODIO, en la que la libertad de los ciudadanos puede depender de reglas desconocidas, de vigencia *ad hoc*, de discutible oportunidad. La incerteza, la oscuridad, la baja calidad democrática de dichas reglas de configuración del modelo cognitivo comprometen nuclearmente su propio desarrollo.

Pero además, resulta necesario plantearse si el modelo probatorio en su configuración actual está en condiciones de resistir la tendencia de creciente funcionalización, de caída libre hacia un *proceso penal del enemigo*, reutilizando la consabida fórmula de JAKOBS. En una primera aproximación, cabría apuntar que la ausencia de un modelo de disciplina legal cerrado favorece la vigencia del modelo garantista pues los tribunales están en mejor posición para la protección de los valores constitucionales en los que se basa. A ello podría añadirse que la realidad acredita una decidida apuesta por el paradigma garantista por parte del Tribunal Constitucional cuyas decisiones interpretativas, por mor del artículo 5 de la LOPJ, vinculan al resto de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Ni uno ni otro argumento, creo, resultan convincentes. No hay razones para considerar que la consecución de los fines constitucionales vincula de manera diferente a los tribunales que al legislador o que la individualización de la decisión judicial permita una más apurada garantía de los derechos fundamentales en liza. Por su parte, si bien es cierto que cabe reconocer en la jurisprudencia constitucional, sobre todo en la del primer decenio, un sesgo garantista no hemos de olvidar el contexto en el que se produce y, en particular, en la necesidad de adaptar una regulación predemocrática deficitaria en garantías a las nuevas exigencias constitucionales. La mayor parte de las

decisiones garantistas del Tribunal son consecuencia de recursos de amparo cuyo gravamen se identifica con una interpretación anticonstitucional de la legislación predemocrática. En ese contexto ideológico y funcional parece razonable que el Tribunal actuara bajo un cierto *entusiasmo garantizador*, estimulado por su indiscutible protagonismo a la vista de la continencia regulativa del legislador democrático.

Sin embargo, recuperados del primer destello, si observamos con detenimiento la doctrina jurisprudencial, pueden apreciarse preocupantes *atisbos de funcionalización* del sistema probatorio en detrimento del paradigma cognitivo-garantista. En efecto, la jurisprudencia que arranca con la STC 81/98 sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita y la exigencia de conexión de antijuricidad es un claro ejemplo de lo antedicho. Mediante dicha doctrina el Tribunal amplía las condiciones de utilizabilidad acreditativa de las evidencias derivadas de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales hasta un límite que pone en grave peligro la operatividad del propio paradigma como límite a la actuación investigadora del Estado y presupuesto de relativización de la verdad como fin del proceso. Pero esta no es la única muestra de funcionalización. Cabe destacar, también, la introducción de la cláusula de buena fe en la actuación preprocesal de adquisición de fuentes probatorias obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como neutralizadora del efecto nulidad (STC 22/2003, Caso Madagán). O la escasa protección que se concede al derecho a la no autoincriminación, reconociendo eficacia probatoria a confesiones prestadas en condiciones más que discutibles de defensa, sin asistencia letrada previa, así como la relativización del principio de contradicción como presupuesto de la formación del material probatorio, al reconocerse valor acreditativo a declaraciones prestadas en fase policial o las laxas condiciones que se establecen para la eficacia probatoria como prueba preconstituida por la vía, en el mejor de los casos, del artículo 730 LECrim, de un buen número de actuaciones previas realizadas por la Policía Judicial, constituyen buenos ejemplos de lo afirmado.

Ni la jurisprudencia es un dique infranqueable contra la funcionalización de la intervención penal ni tampoco podemos estar seguros que, en todo caso, sus decisiones participen de la ideología garantista en contraposición al legislador. El ejemplo italiano, aún con sus peculiaridades institucionales, sirve para confirmarlo. En efecto, el Tribunal Constitucional - vid. S.S. 24, 254, 255/92 y 361/98- mediante una invasión sin precedentes de la esfera del legislador ordinario, al afirmar que el fin primario e ineludible del proceso no puede quedar al margen de la búsqueda de la verdad y al proclamar los principios de no dispersión de la prueba y de utilización oblicua del silencio del acusado y del coimputado, asestó un duro golpe al modelo de adquisición del Código Procesal de 1988, de vocación genuinamente garantista. Giro antigarantista que provocó la reforma constitucional operada por la Ley 2/99 por la que se modificó el art.111 de la Constitución, introduciendo las condiciones del **justo proceso**, en particular la exigencia de contradicción en la producción plenaria de la prueba, mediante una técnica que algunos tachan de *codicista* e impropia del texto constitucional pero que se justifica, precisamente, por la necesidad de proteger el núcleo del modelo de adquisición que inspró el Codice de 1988 frente a ulteriores tentaciones limitadoras de la Corte. Como describe gráficamente CAIANIELLO, presidente emérito del Tribunal Constitucional italiano, la inversión de tendencia inaugurada con la STC. 24/92 no fue estrambótica ni precipitada sino que maduró en la constatación de que el nuevo Código era absolutamente inapto para la persecución de los delitos más graves, especialmente en un momento de máxima expansión del crimen organizado.

La amplia desregularización del modelo probatorio, la baja calidad de lo regulado y la inestabilidad jurisprudencial en la identificación de las soluciones aplicables, se proyecta de forma particular en el oscuro e impreciso régimen de nulidad probatoria que se apoya en el manifiestamente insuficiente artículo 11 LOPJ. Lo que explica, en buena medida, las dificultades a las que se enfrentan los tribunales a la hora de abordar el control de las condiciones de validez de las diligencias de aseguramiento de fuentes y de los medios de prueba que pretenden acceder al plenario.

El objetivo de estas líneas, como anticipaba, es mucho más humilde: solo se pretende abrir un espacio de reflexión compartida que, de forma sintética, nos permita aprehender las deficiencias del modelo, los costes en garantías que implica y la necesidad de identificar prontas y eficaces medidas correctoras.

2. La actividad probatoria en el proceso: la necesidad de su reconstrucción conceptual.

Uno de los factores que ha agudizado el insostenible estado de cosas del modelo probatorio en nuestro proceso es el relativo a la terminología utilizada para definir los diferentes elementos que lo componen. No es ni mucho menos infrecuente la utilización del término *prueba* tanto para referirse a actuaciones asegurativas de las fuentes en fase instructora como a los medios de acreditación que se utilizan en el plenario o al resultado evidencial que el tribunal fija en su sentencia. Tampoco es ajena a la realidad diaria la calificación como prueba preconstituida de actuaciones instructoras producidas en condiciones defensivas con independencia del sujeto procesal que las realice o la calificación de aquéllas como prueba anticipada.

La doctrina constitucional, desde luego, no ha colaborado precisamente para que la cuestión terminológica no se convierta en un elemento de distorsión del modelo. Las sentencias 138/1992 y, de forma particular, la 303/93, a las que posteriormente nos referiremos con más detalle, adquieren un papel protagónico, constituyendo verdaderos *leading case* en la materia que nos ocupa.

La imprecisión conceptual del Tribunal Constitucional en la utilización de los términos definitorios de la actividad investigadora desarrollada por la Policía Judicial ha impregnado hasta nuestros días la cuestión hasta el punto de condicionar, en buena medida, la actividad de los jueces y tribunales a la hora de decidir sobre la admisión de los medios de prueba y de atribuirles valor.

Los problemas de discordancia entre significado y significante no deben impedir identificar el verdadero alcance de las cosas pero tampoco cabe soslayar que dicha labor se dificulta notablemente.

No obstante, no oculto que la propuesta reconstructiva puede resultar pretenciosa por las importantes dificultades que concurren para acometerla. Y que, en todo caso, comporta un riesgo cierto de *deconstrucción*, esto es de volver a introducir incertezas conceptuales, agravando el círculo vicioso que enmarca la cuestión.

Pero lo cierto es que para cuestionarse con rigor el valor probatorio de las diligencias instructoras practicadas por la policía se hace necesario fundar las bases terminológicas del análisis identificando, primero, dichas diligencia por su momento de producción en la categoría general *actividad probatoria* y, segundo, identificado las condiciones en las que aquéllas pueden adquirir la dignidad probatoria que reclama el enjuiciamiento criminal conforme a las exigencias garantizadoras de la Constitución.

Para ello, siguiendo a FIDALGO, la hoja de ruta obliga a descender de la categoría general a las categorías especiales que integran aquélla.

Por actividad probatoria en un sentido amplio debe entenderse el conjunto innominado de actuaciones que tiene como fin propio la verificación, la prueba, de las afirmaciones o evidencias del hecho controvertido.

Ello implica una primera distinción: la actividad probatoria como medio o camino para llegar a la decisión sobre los hechos y la actividad probatoria entendida como resultado, como objeto de la convicción judicial.

Desde esta perspectiva clasificatoria, la actividad probatoria cabría secuenciarla en cuatro fases o momentos de desarrollo:

- a) los actos procesales o extraprocesales por los que se obtiene fuentes de información – subjetivas y objetivas, o de forma más clara, personas y cosas-, presumiblemente relevantes para un proceso judicial (obtención de fuentes de prueba).
- b) Los actos procesales de incorporación de las fuentes al proceso (aportación, en fase instructora; proposición de medios de prueba, en la fase de preparación del juicio oral o antes de su inicio en la comparecencia ad hoc prevista en la ley).

- c) Los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juez de la decisión la información contenida en las fuentes (práctica de los medios de prueba).
- d) El proceso de valoración de esa información por el Juzgador a efectos de comprobar su potencial confirmatorio de los hechos que conforman la hipótesis acusatoria o las pretensiones excluyentes o reductoras de culpabilidad o de antijuricidad invocadas por la defensa.

Es evidente, por tanto, que el valor probatorio de una determinada actuación debe entenderse como *el resultado final de un proceso de atribución*. El valor que se atribuya a una determinada actuación probatoria constituye un *posterius* que no puede explicarse sin las condiciones de producción que le preceden. Todas ellas interactúan de forma tal que la falta de una, generalmente, impide y, en el mejor de los casos, dificulta notablemente el acto de atribución.

El valor de las diligencias instructoras viene, por tanto, determinado, de forma cumulativa, por su conformidad a las reglas de obtención de las fuentes de prueba en las fases previas; por la regularidad de su aportación al proceso; por la necesidad de proposición por la parte que pretenda hacer uso de ellas; por su admisión regular calificando el medio introductor; y por su práctica plenaria en condiciones respetuosas con los derechos de defensa y del proceso justo y equitativo en el acto del juicio.

El valor probatorio, por lo expuesto, dependerá tanto de las condiciones de obtención de la fuente como de las condiciones procesales de acceso al proceso. Ello permite apuntar un catálogo complementador de reglas de utilizabilidad que van desde la reglas de prohibición de acceso a la fuente de prueba, por ejemplo, por falta de proposición del medio probatorio o de proposición irregular de los mismos –por ejemplo, proposición de prueba documental que por el contenido informativo reclama prueba de naturaleza personal-; reglas de prohibición de obtención de fuentes de prueba -por ejemplo, cuando se han desconocido límites constitucionales o competenciales para su obtención o se han utilizado métodos contrarios a la dignidad-; o

prohibiciones de valoración de medios de prueba -por ejemplo, cuando en su producción plenaria se han desconocido los derechos de defensa o a la no autoincriminación-.

El objetivo de estas líneas es analizar, aun de forma superficial, las dos primeras secuencias del proceso probatorio: los actos de obtención de fuentes de prueba y los actos de incorporación de éstas al proceso mediante la proposición de medios de prueba.

3. El espacio policial de obtención o aseguramiento de fuentes de prueba.

La naturaleza secuencial del proceso de atribución de valor probatorio obliga, en primer término, a identificar el espacio que la Ley y como perímetro amplio, la Constitución reconocen a la Policía Judicial para producir actuaciones asegurativas o identificadoras de las fuentes de prueba.

La cuestión reviste una importancia decisiva. La misma no solo afecta a reglas competenciales formales sino a reglas de legitimación con valor constitucional.

3.1. El espacio de estricta jurisdiccionalidad en el descubrimiento y aseguramiento de fuentes de prueba, como límite negativo.

Es evidente que la actuación asegurativa realizada por la policía en las fases procesales o preprocesales previas que desborden el espacio permitido comportará, como efecto, la entrada en juego de reglas de prohibición de acceso y, por tanto, de inutilizabilidad de la información obtenida.

Para identificar el espacio de actuación podemos utilizar varios parámetros o unidades de medida. Uno, el que ofrece resultados más claros, que es el que atiende a las reglas que determinan la estricta jurisdiccionalidad en la actuación identificativa o asegurativa de dichas fuentes.

No es discutible que toda actuación investigativa en fase previa que suponga la injerencia intensa en el núcleo esencial de los derechos fundamentales solo puede ser ordenada por el juez de instrucción, limitándose la Policía Judicial a actuar como mera auxiliar para la práctica de las mismas. La intervención de

comunicaciones, la entrada y registro en domicilio, medidas corporales que puedan comprometer la esfera de intimidad o de integridad física de forma intensa, la apertura de correspondencia quedan fuera del perímetro de actuación. La consecuencia es evidente. Cualquier actuación asegurativa por parte de la Policía Judicial que desconozca dicho espacio activaría las reglas de exclusión.

Ahora bien, el perímetro de estricta jurisdiccionalidad también ofrece zonas de sombra, de dudas, que han sido resueltas en ocasiones de forma no particularmente unánime por los tribunales. Las entradas en recintos privados es un buen ejemplo de lo antedicho. La Policía Judicial no podrá realizar actuaciones asegurativas de fuentes de prueba en espacios que tengan la consideración de domicilio a salvo que aquéllas se produzcan en una situación de flagrancia delictiva.

Ello sugiere de inmediato dos cuestiones: ¿Qué debe entenderse por domicilio? ¿Qué debe entenderse por flagrancia?

El Tribunal Constitucional ha respondido de forma explícita a ambas. En la Sentencia 10/2002, el Tribunal Constitucional perfila con precisión el concepto de domicilio a efectos constitucionales vinculándolo “con aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada”.

Por su parte, con motivo de la STC 341/93, el concepto de flagrancia recuperó su clásico alcance, modificado por la L.O 1/92, cuyo artículo 20 fue declarado contrario al artículo 18 CE, anudándolo a la percepción sensorial por parte de los agentes de la propia acción delictiva o de efectos que permitan afirmar que el delito se acaba de cometer. No caben, por tanto, formulaciones inferenciales de que el delito se está cometiendo. Los policías deben constatar físicamente la causa legitimante.

Pero la claridad conceptual de las respuestas constitucionales no ha impedido, ni mucho menos, la aparición en la realidad de supuestos fronterizos, oscuros. La doctrina constitucional sin perjuicio de su efecto vinculatorio y precisamente

por ello, en cuanto material de naturaleza normativa, puede y debe ser objeto de interpretación por todos los poderes y agentes públicos vinculados.

Aun presumiendo que los agentes conocen los límites constitucionales de su actuación y se someten a ellos no cabe negar, sin embargo, que en el caso concreto pueden surgir problemas de identificación de los mismos.

¿Es en todo caso fácilmente identificable la situación de flagrancia o la consideración del espacio de intervención como no domicilio? Una simple remisión a decisiones de la Sala Segunda (vid. STS 26.9.2005, sobre la condición domiciliar de un yate) y de numerosas Audiencias Provinciales permite contestar negativamente a la cuestión.

Si ello es así, es evidente que la identificación de los presupuestos legitimadores de la entrada policial constituye un *prius* tanto para su aportación y acceso al proceso de las fuentes de prueba que se obtengan como para la admisión de los medios de prueba mediante los que se pretendan introducir aquéllas en el juicio.

Los problemas de legitimidad que puedan concurrir sugieren otra cuestión importante: la relativa al momento procesal en que cabe pronunciarse sobre la validez constitucional de la actuación asegurativa de la fuente de prueba. Si la actuación se produjo bajo la representación de la existencia de flagrancia y ésta no concurría o si se entró en un espacio reputándolo no domicilio y éste reunía dicha condición parece claro que la actuación policial no podría llegar a adquirir valor probatorio. Pero, como apuntábamos, ¿Cual es el momento o secuencia de la actividad probatoria en la que debe excluirse?

Al respecto, y como de manera reiterada ha mantenido el Tribunal Constitucional, no cabe reconocer un derecho a la reparación inmediata de los derechos fundamentales lesionados en el curso de un proceso, excepto, claro está, en aquellos supuestos en los que la infracción genere un indeseable efecto indefensión que prive a la parte de posibilidades reales de alegación y de interferencia razonable en los procesos de toma de decisiones que le afecten (STC 153/97, 247/94 “... cuando se establece un trámite en una cierta fase del procedimiento no cabe practicarlo en otro momento y así ocurre en el abreviado, donde al comienzo del juicio oral aparece configurada una audiencia

preliminar en la que cualquiera de las partes tendrá la oportunidad de exponer cuanto estime oportuno acerca de una serie de cuestiones y, entre ellas, la eventual vulneración de un derecho fundamental”).

Lo anterior permite apuntar, en materia de nulidades probatorias, que el momento alegatorio oportuno se ubica en la audiencia previa prevista en el artículo 786 LECrim, para el procedimiento abreviado, que no impide su traslación funcional, por vía analógica, al ámbito del procedimiento ordinario como ha tenido oportunidad de afirmar el Tribunal Supremo (SSTS 22.4.2002, 17.9.2001), rectificando una rigorista línea interpretativa que rechazaba dicha posibilidad.

La Ley procesal, con el espaldarazo explícito de la doctrina constitucional, sugiere momentos oportunos para la alegación y análisis de todas las cuestiones que afectan al aprovechamiento probatorio de fuentes y medios de prueba. Momento que se sitúa en la propia fase de juicio oral, mediante el planteamiento de cuestiones previas.

La conveniencia de dicho momento procesal reside, por un lado, en que el objeto procesal ha quedado ya sustancialmente delimitado mediante la presentación de los escritos de conclusiones provisionales y, por otro, en que las partes han podido delimitar, igualmente, el cuadro probatorio del que intentarán hacerse valer para la defensa de sus respectivas pretensiones.

Ello posibilita al Tribunal una inmejorable perspectiva de análisis del conjunto de las actuaciones y permite, por tanto, valorar con más rigor los efectos y los mecanismos de interacción entre los diferentes medios que integran el cuadro probatorio.

Ahora bien, delimitado el momento oportuno previo de alegación, el problema de gran alcance que surge es cuál debe ser el momento de la *decisión saneadora*.

Como apuntábamos con anterioridad, la materia de la nulidad o inutilizabilidad probatoria ha adquirido una singular complejidad. Aún cuando la reacción frente a la injerencia inconstitucional del derecho fundamental permite la entrada en juego de la regla de exclusión probatoria de las fuentes directamente afectadas, sin embargo su eficacia “*purgadora*” respecto a las

pruebas reflejas está sometida a un complejo cuadro de excepciones de origen jurisprudencial (conexión de antijuricidad, buena fe, descubrimiento inevitable). Ello sugiere, en muchos casos, la necesidad de practicar medios probatorios de carácter personal para poder identificar, por ejemplo, el grado y cualidad de la conexión entre la actuación asegurativa de la fuente de prueba que se reputa nula y las reflejas.

El tratamiento del cuadro probatorio como un conjunto interaccionado arrastra una consecuencia evidente, como es la dificultad de adelantar aisladamente valoraciones sobre validez y eficacia de algunos de los medios que lo integran, pues se corre el riesgo de respuestas incompletas y de hipertróficas soluciones excluyentes.

Ello explica la restrictiva posición de la Sala Segunda frente a la posibilidad de decisiones saneadoras previas y la práctica extendida de los tribunales de instancia de diferir la solución de las cuestiones de nulidad planteadas a sentencia.

Dicha práctica si bien neutraliza el riesgo de soluciones anulatorias que no tomen en cuenta el juego de excepciones, sin embargo comporta otros. El más importante, el efecto contaminante psicológico que puede producir sobre el Tribunal la práctica de medios probatorios que permitan la recepción de fuentes probatorias para cuya obtención se actuó de forma contraria a la Constitución. Sobre ello se ha dicho que los tribunales profesionales disponen de mecanismos de asepsis valorativa del cuadro probatorio que les permite *aislar* o reducir significativamente en el proceso decisorio el riesgo de contaminación. Ello explicaría, precisamente, la diferencia con el régimen de tratamiento de las nulidades probatorias en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. En el mismo se previene su análisis y resolución previa al acto del juicio (artículo 37 LOTJ), como artículo de previo pronunciamiento, sólo con la intervención del magistrado-presidente. Solución que se funda en la necesidad evitar que el Jurado pueda acceder al material probatorio afecto de nulidad, bajo la presunción de que sus miembros no disponen de capacidad técnica para excluir sus efectos del proceso decisorio.

La existencia de un doble régimen del tratamiento de las reglas de exclusión del material probatorio no es enteramente convincente. Parte, en todo caso, de una presunción hipotética, poco verificable, cual es que los jueces profesionales no se contaminan de forma significativa por la producción de pruebas nulas. Toda hipótesis basada en difusos juicios de probabilidad resulta débil. La existencia de un riesgo de que la recepción cognitiva de los resultados probatorios procedentes de medios declarados posteriormente nulos en sentencia afecte a la percepción del Tribunal sobre la inocencia del acusado permite cuestionar el modelo.

A mi parecer, el legislador de la futura reforma del proceso penal debe afrontar la cuestión de forma nuclear y directa, ponderando los riesgos y beneficios de uno u otro mecanismo de tratamiento y decisión sobre las cuestiones de nulidad probatoria, superando la actual dualidad de modelos, difícilmente justificable en términos sistemáticos.

En todo caso y a los efectos que nos ocupan, sin perjuicio de la posibilidad teórica de que el juez de instrucción descarte la recepción de la fuente de prueba asegurada por la Policía Judicial mediante una entrada en domicilio no legítima, lo cierto es que en la mayoría de los casos no se impedirá que la actuación transite por toadas las secuencias procesales hasta llegar al plenario como contenido informativo de un medio de prueba admitido por el tribunal. Dicha hoja de ruta impedirá activar las reglas de prohibición de obtención y de acceso, quedando solo en garantía de los derechos vulnerados la regla, siempre inestable, de prohibición de valoración del medio de prueba que generalmente operará ya en fase decisional.

En este punto, sobre la aplicación de la regla de prohibición de valoración de medios probatorios que introducen las fuentes obtenidas por agentes policiales vulnerando los límites materiales y constitucionales de su competencia, no puede dejar de destacarse la STC 22/2003, Caso Madagán, en la que el Alto Tribunal, por primera vez en nuestro modelo probatorio, aplica la excepción de la *“good faith”*, otorgando valor probatorio, por un lado, a la declaración plenaria de los agentes que practicaron un registro domiciliario sin autorización judicial ni

consentimiento del titular sospechoso y, por otro, a los instrumentos del delito que como piezas de convicción se hallaron en la actuación asegurativa preprocesal. El caso reviste mucho interés. Con motivo de la recepción de una llamada por la que se advertía de gritos amenazantes procedentes del interior de una vivienda y ruido de disparos, los agentes acudieron y comprobada la realidad de las amenazas decidieron acceder al interior de la vivienda. En la misma observaron al Sr. Madagán en actitud violenta hacia su esposa así como los impactos de los disparos, procediendo a su detención. Posteriormente, una unidad de la Policía Judicial se dirigió al domicilio para practicar una inspección ocular. El acceso fue franqueado por la esposa e hijo del inculcado. Los agentes practicaron la inspección y el registro de la vivienda con autorización de la esposa, encontrando en el armario del dormitorio una pistola del calibre 22 mm.

El Sr. Madagán fue condenado en la instancia por un delito de amenazas y otro de tenencia ilícita de armas. Tanto en la instancia como en el recurso de apelación alegó la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de los agentes que practicaron la inspección ocular pues la entrada de éstos se produjo sin su consentimiento y sin autorización judicial, sin que tampoco concurriera en el momento de su práctica ninguna situación de flagrancia delictiva.

La apelación fue desestimada interponiéndose recurso de amparo. El Tribunal Constitucional en su sentencia identifica, en primer término, las condiciones de entrada. De forma contundente descartó la concurrencia de flagrancia cuando acudieron los miembros de la Policía Judicial a practicar la inspección. El recurrente estaba detenido y la situación de amenaza había cesado. La cuestión, por tanto, se centró en determinar si existió consentimiento válido para la entrada. Para el Alto Tribunal la condición de interesado para prestar autorización en los términos que reclama el artículo 569 LECrim, constituye una cuestión susceptible de interpretaciones alternativas que forman parte del ámbito de la legalidad ordinaria. Pero en el caso concreto considera que cuando la persona que autoriza la entrada de los agentes se sitúa en una posición de intereses contrapuestos con la persona cotitular imputada en el

proceso, la regla debe estrecharse identificando como interesado a la persona a la que le pueden afectar en su perjuicio los efectos de la actuación investigadora.

Por tanto, el consentimiento de la esposa del Sr. Madagán no era suficiente para desplazar la necesidad de que éste autorizara expresamente la entrada. Así las cosas, el registro de sus pertenencias practicado por la Policía Judicial con motivo de la entrada debe reputarse vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio del recurrente. Identificada la lesión el Tribunal Constitucional, sin embargo, rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ. Para el Alto Tribunal, el contexto de producción de la diligencia, momentos después de acaecido el delito, la situación generada de grave peligro para la víctima y, sobre todo, la oscuridad del Ordenamiento sobre la cuestión atinente a la legitimación necesaria para consentir la entrada, patentiza que los agentes de forma alguna se representaron ni intencional ni imprudentemente la lesión del derecho fundamental. En esa medida, la consecuencia excluyente de la evidencia resulta desproporcionada en relación con el grado de lesión del derecho fundamental identificado. La conducta de los agentes públicos no merece, por la vía de la consecuencia excluyente, reproche ni justificaba que el Estado prescindiera de elementos probatorios para condenar al Sr. Madagán, en los términos contenidos en la sentencia.

La decisión, sincréticamente resumida, introduce un estándar de oportunidad para la aplicación de la regla de exclusión muy discutible, por inseguro e inestable. La “importación” desde el modelo norteamericano de la excepción aplicada resulta evidente y, también, los desajustes que provoca.

En el sistema norteamericano, la excepción de buena fe a la regla de exclusión se funda en razones muy diferentes a las que justifican la regla en nuestro modelo constitucional (STC 114/84).

Sin perjuicio del intenso y tortuoso debate jurisprudencial que ha precedido al estado actual de cosas (Decisiones de la Corte Suprema, *Stone v. Powell*, 1976; *U.S v. Leon*, 1984; *Ill v. Krull*, 1987), el Tribunal Supremo norteamericano, en una lectura regresiva de la regla de exclusión, ha venido a

afirmar, no sin voces críticas, que la Constitución no impone un determinado modelo de garantía de los derechos protegidos en la cuarta, quinta y sexta enmienda por lo que no puede reconocérsele a la Regla de Exclusión Probatoria rango constitucional. La misma y las condiciones en las que opera son, de alguna manera, disponibles por el legislador. Los balances de costes y beneficios permitirían sancionar, por ejemplo, la conducta infractora de los agentes y, sin embargo, permitir el aprovechamiento probatorio de la evidencia. La razón de ser de aquélla y su operatividad, por tanto, responde a una ordenación de intereses en conflicto con fundamento infraconstitucional si bien en estos momentos razonable.

Dicho fundamento radica en la necesidad de estimular que las actuaciones de los agentes públicos respeten la Constitución. De tal modo, lo que se busca directamente es un efecto desaliento (*effect deterrent*) de conductas colusivas, con un efecto indirecto en los derechos que reconoce la Constitución. Si ello es así, parece una consecuencia lógica descartar la Regla de Exclusión Probatoria (en adelante, *REP*) cuando la actuación de los agentes públicos no tenía intención de desconocer o violar la Constitución o despreciar sus mandatos. Si éstos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de la evidencia.

A mi parecer, dicho juego de intereses, legítimo desde la realidad constitucional norteamericana, no permite la extrapolación de sus consecuencias a nuestro modelo. En éste parece que no hay duda sobre la íntima vinculación entre *REP* y garantía activa de los derechos fundamentales, tanto los sustantivos que pueden verse afectados por la actuación de los poderes públicos, como los procesales, los que atienden, sobre todo, al derecho a la presunción de inocencia. Hacer depender la efectiva reacción contra vulneraciones de derechos de la identificación de mayores o menores grados de impericia o de malicia en la actuación policial es peligroso.

Protegiendo activamente los derechos, de forma indirecta, puede asegurarse que los agentes públicos ajustarán con mayor cuidado su actuación a la Constitución, pero de forma alguna puede aceptarse que protegiendo la conservación probatoria de las evidencias obtenidas por los agentes sin mala

fe pero vulnerando los derechos pueda obtenerse un adecuado nivel de protección de éstos.

En todo caso, el análisis empírico de los efectos de la regla del *deterrent effect* arroja resultados escalofriantes, bien sintetizados por PIZZI. En su trabajo “*Juicios y mentiras*” apunta que más del 50 % de las actuaciones asegurativas de fuentes de prueba por parte de la policía en EEUU contienen elementos falseados tendentes a asegurarse, en su caso, la entrada en juego de la *good faith* en el caso de que por las defensas se invoque la REP.

El ejemplo anterior sobre las dificultades de identificación del espacio de estricta jurisdiccionalidad no es ni mucho menos el único.

El componente dinámico, expansivo y conflictual de los derechos fundamentales propicia, sobre todo en el contexto del proceso penal, la aparición de nuevas dudas sobre los límites de la actuación preparatoria de la prueba que puede realizar la Policía Judicial.

En efecto, el supuesto que contempla la interesante STC 25/2005 es un buen ejemplo de lo antedicho. El Sr. Altuna fue condenado como autor de un delito de homicidio imprudente. El tribunal (la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en grado de apelación) contó para ello con un cuadro probatorio integrado por las declaraciones de los agentes de policía que realizaron el atestado, del personal de la ambulancia que trasladó al acusado al centro hospitalario, con la pericial sobre la autopsia practicada y la documental relativa a la hoja clínica del hospital donde fue atendido el Sr. Altuna donde constaba que presentaba un grado determinado de impregnación alcohólica.

El Sr. Altuna interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que la sentencia condenatoria vulneraba su derecho a la presunción de inocencia y su derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE.

Con relación a ello, el recurrente alegaba que el análisis se practicó sin su consentimiento sin que mediara, tampoco, orden judicial por lo que siendo una intervención corporal su ilícita obtención obligaba a excluir sus resultados del cuadro probatorio.

El Tribunal Constitucional analizó el gravamen desde dos planos. El primero, desde el derecho a la intimidad corporal; el segundo, desde el derecho a la intimidad en un sentido más amplio como derecho a proteger del conocimiento de terceros datos que afectan a la salud y a la privacidad.

En relación con el primero, el Alto Tribunal de Garantías descartó que la obtención del dato, por sí mismo, comprometiera la intimidad corporal del recurrente. La analítica de sangre vino esencialmente motivada por necesidades terapéuticas y asistenciales, derivadas del estado en el que se encontraba el Sr. Altuna, a las cuales prestó consentimiento o, al menos, no consta que no lo hiciera. La intervención corporal leve, pues, se presentó independizada de finalidades de investigación penal, sin que en su práctica intervinieran agentes estatales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí identificó vulneración del segundo de los planos, el que se refiere al derecho a la protección de datos íntimos frente a terceros, ya sean personas privadas o agentes públicos. Para el Tribunal Constitucional, el acceso del dato clínico, de la fuente de prueba, al proceso se produjo en condiciones constitucionalmente inadmisibles. El juez se limitó a ordenar por providencia que se librara oficio al hospital para que remitiera el dato analítico sin justificar argumentativamente las razones, en términos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, de la diligencia. Para el Alto Tribunal la motivación, en este caso, constituía una garantía objetiva del derecho en liza por lo que su ausencia convirtió en inconstitucional el acceso probatorio al dato.

Sin perjuicio de la crítica que puede merecer la sentencia al aplicar un estándar reforzado de motivación para la adopción de una decisión que por sí misma no tiene contenido altamente injerente (en clara contradicción con el estándar de motivación limitada aplicado en otro supuesto de injerencia no intensa como el contemplado en la STC 123/2002) y sin perjuicio, también, que en su fundamentación no invoque la regulación legal estatal y autonómica sobre las condiciones de acceso a la información clínica, lo cierto es que de manera, tal vez inesperada, la sentencia sugiere un evidente límite a la actuación de

acceso y de aseguramiento de fuentes de prueba por parte de la Policía Judicial.

La consecuencia inmediata de dicha doctrina es que a la Policía Judicial le está vedado el acceso a informes clínicos de las personas imputadas o inculpadas en el proceso aun con efectos informativos o asegurativos. El artículo 18 CE, en los términos que se contiene en la STC 25/2005, impone un severo límite. Solo la autoridad judicial, mediante resolución motivada, podrá acceder a los mismos. Ello supone, en los casos no infrecuentes en los que la Policía traslada junto con el atestado datos clínicos obtenidos en un contexto asistencial preprocesal, que el juez deberá denegar su acceso al proceso, ordenando su obtención conforme a los estándares constitucionales. La omisión de las reglas de producción impediría, por un lado, el acceso de la fuente o la inadmisión del medio probatorio con el que se pretenda hacer valer en el juicio o, en su caso, la imposibilidad de valoración por el tribunal juzgador. Otro supuesto de jurisdiccionalidad discutible que se presenta con cierta frecuencia a la hora de valorar la actividad indagativa de la Policía Judicial y atribuirle valor probatorio es el que se refiere al acceso a los datos que aparecen grabados en la memoria de los teléfonos móviles que se ocupan a los sospechosos en el curso de la investigación preprocesal.

La Sala de lo Penal, en jurisprudencia reiterada (SSTS 30.11.2005, 27.6.2002, 3.3.2000) ha afirmado la legitimidad de dicho acceso por parte de la Policía Judicial en el trascurso de las primeras diligencias investigativas por considerar que en estos casos no se afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones por lo que no se activa la cláusula de estricta jurisdiccionalidad que, como garantía de protección del derecho, se consagra en el artículo 18.3º CE.

En apoyo de dicha afirmación, se invocan las SSTC 70/2002 y 123/2002. En la interpretación de la doctrina constitucional que se contiene en las resoluciones del Tribunal Supremo se insiste en que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en sentido estricto solo se extiende al mero proceso de comunicación material del pensamiento, mediante alguno de los instrumentos

técnicamente dispuestos para ello, pero no a aquellas otras circunstancias que aun suponiendo acceso a datos identificativos del acto comunicativo no permiten averiguar ni acceder al contenido de la comunicación ya efectuada.

Para la Sala de lo Penal, la constitucionalización de un derecho amplio a la intimidad no permite concluir que cualquier afectación de la misma adquiere las mismas consecuencias y activa de igual manera las garantías de acceso o de limitación.

Si bien en el acceso a los datos de la memoria del teléfono cabe identificar afectación del derecho a la intimidad en términos amplios ello no comporta la necesaria intervención del juez. El derecho a la intimidad cabe seccionarlo en muchos planos, de tal forma que solo en aquéllos supuestos en los que se comprometa de forma intensa el de la comunicación intrapersonal puede afirmarse su necesaria limitación mediante autorización judicial motivada. Prueba de ello, se afirma, es que la Policía Judicial puede de forma leve actuar sobre el cuerpo del sospechoso mediante la práctica de cacheos superficiales y comprobar los datos y anotaciones que éste pueda portar encima en el momento de su detención. En estos casos de baja injerencia, la Policía Judicial dispone de título habiente de rango constitucional (artículo 126 CE) y de previsión legal específica (artículos 282 y siguientes, LECrim) siempre, claro está, que como en todo supuesto de limitación de un derecho fundamental se identifiquen en la actuación policial las notas de idoneidad, necesidad estricta y proporcionalidad entre la finalidad investigativa perseguida y la lesión del derecho que se produce

A mi parecer, sin embargo, la doctrina de la Sala de lo Penal no es del todo convincente y ello en la medida que recibe de forma fraccionada la doctrina constitucional que califica como fundamento de su decisión. Es cierto que el Tribunal Constitucional disecciona los planos del derecho a la intimidad, reconociendo expresamente que no toda afectación del mismo reclama intervención judicial autorizante. En particular, distingue entre el derecho a la intimidad en un sentido amplio, entendido como el derecho a que terceros de forma injustificada no accedan a datos que pertenecen al ámbito de la

privacidad, y el específico derecho a la intimidad modalizado cuando aquellos datos se expresan o se comunican a terceros mediante aparatos de transmisión. En estos supuestos, la garantía de jurisdiccionalidad actúa como condición material ineludible para su limitación, sin perjuicio de que puedan, también, identificarse diferentes niveles de afectación. Pero lo que, a mi parecer, el Tribunal Constitucional no afirma es que la garantía solo actúe cuando de lo que se trata es del proceso comunicacional en sentido estricto, como espacio de intercambio de ideas o pensamientos mediante instrumentos *ad hoc*.

La STC 123/2002, con expresa invocación de la Sentencia, affaire Malone, de 2 de agosto de 1984, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirma con contundencia que *“el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico etc.— de la misma.*

Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (mutatis mutandi respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

6. La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del

titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo”.

La extensión de la protección que brinda el artículo 18.3º CE a los datos o circunstancias externas de la comunicación telefónica cuestiona, en mi opinión, la legitimidad constitucional de la Policía Judicial para obtenerlos directamente sin la intermediación del juez por muchas razones de urgencia que puedan concurrir. Afirmar, como se contiene en la STS 30.11.2005, que el acceso al listado grabado del teléfono móvil solo permite identificar números, como datos neutros carentes de valor lesivo del espacio de intimidad, y no datos sobre el destinatario de la llamada ni el tiempo ni las horas de su realización, debe recibirse simplemente como una apuesta voluntarista carente de toda corroboración en la realidad técnica más elemental que rodea los procesos comunicacionales. El listado de un buen número de las llamadas recibidas y enviadas que obra grabado en la memoria de un teléfono sí identifica con precisión una parte sustancial de las circunstancias externas del proceso comunicacional y, en esa medida, constituye objeto específico de protección constitucional que debe activar la

garantía jurisdiccional para acceder al mismo. Ello sin perjuicio que el diferente nivel de injerencia en el derecho fundamental que cabe identificar ente el acto de interceptación del contenido comunicado y las circunstancias en las que la comunicación se produzca justifique la aplicación de diferentes estándares de motivación en la resolución judicial que autorice, en uno u otro caso, el acceso (STC 123/2002).

Como hemos visto, la identificación del espacio de estricta jurisdiccionalidad para el aseguramiento u obtención de fuentes de prueba por parte de la Policía Judicial no impide identificar zonas de incerteza y, en consecuencia, la aparición de problemas en orden a su aportación al proceso, admisión y, en su caso, valoración de los medios probatorios con los que se pretende su introducción en el juicio oral.

3.2 El espacio de obtención de fuentes de prueba atribuido funcionalmente a la Policía Judicial, como límite positivo.

Si, como apuntábamos, la reserva de jurisdicción que caracteriza a algunas de las diligencias tendentes a preparar la prueba permite, aun con dificultades, establecer los límites externos del perímetro de actuación de la Policía Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la normativa sectorial (LOFCSE y R.D 768/87), determinan, en términos positivos, el espacio funcional que se ubica dentro de dicho perímetro.

En efecto, la LECrim permite afirmar la competencia de la Policía Judicial para asegurar e identificar fuentes probatorias siempre que la actuación no comprometa de forma intensa derechos fundamentales y ésta se produzca en circunstancias de urgencia que no permitan la presencia judicial y resulte necesaria, precisamente, para garantizar los fines que la justifican.

Dentro del catálogo de actuaciones tendentes al descubrimiento e identificación del delincuente encontramos: la toma de huellas; sometimiento del sospechoso a rueda de identificación; detención; toma de fotografías; práctica de radiografías por personal sanitario a instancia de los agentes; reseñas de

identidad; comprobaciones de registros públicos; toma de declaración; intervención del vehículo con el que se cometió el delito; retención del permiso de conducir de la persona sospechosa. Así como la recogida de efectos, instrumentos y cualquier otra evidencia (*pruebas*, refiere la ley) que sirva a su comprobación.

Sin perjuicio de las sutiles diferencias conceptuales entre los objetos de actuación que se precisan, lo cierto es que en dicha categoría cabe situar, también, la ocupación de armas; la inspección ocular del lugar del crimen, con reseña documentada de las percepciones observadas; la toma de declaración a testigos; la práctica de pericias técnicas (análisis alcoholométricos, comprobaciones de la naturaleza de sustancias intervenidas, custodia y remisión de las mismas a organismos competentes para su análisis e identificación); asistencia a la autopsia; retirada del cadáver de la vía pública; y recabar la presencia de médicos o personal sanitario para prestar asistencia inmediata a las personas afectadas por el delito.

Todas las actuaciones que se precisan aparecen situadas en la secuencia previa del proceso de adquisición probatoria y, por esencia, preceden a la incoación del procedimiento jurisdiccional de investigación.

El sesgo de dicho espacio de actuación tendente a la averiguación del delito y a la identificación de su presunto responsable no debe impedir incluir, también, como diligencias asegurativas de fuentes de prueba a practicar todas aquellas que puedan favorecer al sospechoso. No sólo el artículo 2 LECrim previene específicamente dicho deber sino que el mismo se decanta de la propia configuración de la Policía Judicial como órgano auxiliar del Poder Judicial, participando de valores como los de la neutralidad, probidad e imparcialidad.

La práctica de dichas actuaciones asegurativas, atendidas las condiciones de urgencia y necesidad en las que deben producirse, no reclama estrictos niveles de defensa técnica y de contradicción, a salvo aquellos supuestos en los que la asistencia letrada deviene una exigencia constitutiva (toma de declaración del sospecho detenido, en los términos precisados en el artículo 520 LECrim y desde la reforma de la LECrim, operada por la Ley 38/2002, de cualquier

persona contra la que se dirige la imputación, entendiéndose por tal cualquier actuación preprocesal de la que se decante un pronóstico presuntivo de participación criminal en el hecho típico, objeto de investigación).

En todo caso, la cuestión de los niveles de defensa y contradicción exigibles en la actuación preventiva de la Policía Judicial sigue constituyendo un argumento común sobre el que giran un buen número de pretensiones de inutilizabilidad probatoria de las evidencias obtenidas. Los tribunales de la Jurisdicción ordinaria y el propio Tribunal Constitucional, se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la irrelevancia de la no presencia de abogado en la práctica de cacheos, práctica de radiografías, test alcoholométricos e inspecciones oculares bajo el argumento común de que el presupuesto de actuación, la urgencia, disculpa de las exigencias clásicas del contradictorio para la obtención de fuentes probatorias pues, en caso contrario, se correría el riesgo de desaparición que es lo que justifica, precisamente, su práctica.

Pero, siendo valioso, el argumento de la imposibilidad objetiva de contradictorio defensivo en la actuación asegurativa de la Policía Judicial no creo que sea el más convincente para descartar su necesidad y, por tanto, para aceptar, primero, la aportación al proceso de las evidencias y, segundo, su ulterior introducción en el cuadro de prueba mediante el medio correspondiente.

A mi parecer, la razón fundamental estriba en la propia naturaleza del acto de aseguramiento y su nula capacidad probatoria *per se*. La contradicción defensiva actúa como condición de preconstitución probatoria y, por tanto, solo es exigible cuando concurren las condiciones procesales que permitan la producción adelantada y *sui generis* de medios probatorios en fase instructora, a introducir en el plenario mediante su lectura, en los términos del artículo 730 LEcrim. Por tanto, las garantías de defensa resultan inexigibles, como *condictio sine qua non* de producción, cuando la actuación asegurativa de la Policía Judicial reclama de un medio probatorio típico de introducción en el acto del juicio oral. Es obvio que la contradicción defensiva en las actuaciones preventivas de la Policía Judicial cualifica el contenido informativo pero ello solo

puede proyectarse en el estándar de valoración del medio de prueba por el que se introduzca en el plenario no, insistimos, en la propia actividad de producción. La recurrente invocación de la falta de contradicción como óbice de utilizabilidad de la fuente de prueba introducida por el correspondiente medio probatorio solo puede explicarse como consecuencia de una indebida recepción de la confusa doctrina constitucional sobre la afirmada naturaleza preconstituida de determinadas diligencias policiales, al hilo de la STC 303/1993.

En dicha decisión, el Tribunal, como no podía ser de otra manera, descartó todo valor probatorio a una diligencia de inspección ocular, con ocupación de efectos del delito, que se introdujo en el acto de la vista por la vía del artículo 726 LECrim. Dicha actuación se realizó en condiciones de no urgencia y sin presencia de las personas inculpadas. El tribunal, en un exceso evidente de calificación de las reglas procesales que determinan la producción de los medios de prueba, consideró que aquélla no reunía la condición de *prueba preconstituida* por lo que el acceso de la información al plenario solo podría haberse producido por la vía de la testifical de los agentes que la practicaron.

La sentencia sugiere, en efecto, que de haberse dado dichas condiciones de contradicción y urgencia la vía documentada de introducción resultaría suficiente equiparando la inspección policial con la inspección judicial que se regula en los artículos 326 y 333 LECrim, donde de forma expresa se previene la participación contradictoria y defensiva del inculpado.

Considero que la equiparación es inasumible atendiendo al propio estándar constitucional de producción de la prueba preconstituida. A mi parecer, aún cuando la intervención policial viniera precedida de las notas de urgencia y contradicción y aun cuando, además, el hallazgo de los efectos del delito deba considerarse una diligencia irrepetible, ello no desplaza la necesidad de vehicular la información relevante que debe acceder al juicio mediante medios de prueba personales.

La diferencia entre el supuesto de aseguramiento urgente y aseguramiento no urgente de las fuentes de prueba realizada por la Policía Judicial nos sitúa en otro plano: el de la propia admisibilidad de la actuación asegurativa de la

Policía Judicial producida fuera del perímetro funcional que le reconoce de forma expresa la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 282 y 284. Cuestión ésta a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

En resumen, las garantías de contradicción y defensa, a salvo lo supuestos expresamente previstos, no actúan como condiciones de producción de las diligencias de aseguramiento practicadas por la Policía Judicial en la fase de prevención preprocesal. Exigirlas y decantar de ello consecuencias de inutilizabilidad, en caso de no cumplirse, o, de satisfacerse, consecuencias en orden a la innecesidad de medios personales de prueba para su introducción en el acto del juicio son dos caras de una misma moneda. Manifestaciones, en fin, de un mismo fenómeno patológico, alterador de los presupuestos de producción de la prueba, que se le ha denominado, con acierto, *impacto constitucional paradójico* (GUZMÁN FLUJA, SCHUNEMANN).

3.3 El espacio jurisdiccional de obtención de fuentes de prueba relativo o claudicante.

No parece discutible que tanto la Constitución como la Ley procesal delimitan un perímetro funcional específico de actuación autónoma a la Policía Judicial, aun con las sombras e incertezas de las que nos hemos hecho eco en las líneas precedentes. Pero tampoco parece que lo es que la LECRim, fija un límite a dicha actuación a partir de que la autoridad judicial conoce la *notitia criminis* e incoa el correspondiente procedimiento penal de investigación (artículos 284 y 326 LECrim). Desde ese momento, y tal como expresamente se previene, será el Juez de Instrucción el que deberá practicar por sí u ordenar todas las actuaciones tendentes a la búsqueda de prueba, en terminología de la ley procesal italiana, o de aseguramiento de las fuentes de prueba.

La cuestión que surge es obvia ¿Son admisibles las actuaciones asegurativas practicadas por la Policía Judicial dentro del espacio procesal de investigación judicial que no hayan sido directamente intervenidas u ordenadas por el Juez de Instrucción?

La respuesta presenta perfiles de complejidad y prueba de ello es la inestabilidad y contradicción de los pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la cuestión.

En todo caso, sí considero importante destacar, con carácter previo, que cualquiera de las soluciones que se ofrezcan comporta una apuesta en clave ideológica incontestable que a buen seguro debe determinar, primero, el debate y, segundo, la opción legislativa sobre el modelo de adquisición probatoria, en un sentido amplio, en la futura reforma del proceso.

El reconocimiento de espacios de autonomía investigativa y asegurativa a la Policía Judicial debe comportar de forma correlativa claras y precisas reglas sobre los mecanismos de aportación y de introducción probatoria de las evidencias obtenidas.

O hay control judicial o no lo hay. Y ello, en efecto, es una opción legítima del legislador pero uno u otro modelo arrastran consecuencias muy diferentes. No es asumible, como acontece en la realidad de nuestro modelo vigente, que la Policía Judicial actúe de forma absolutamente autónoma dentro del espacio jurisdiccional y, al tiempo, reconozcamos efectos preconstitutivos a dichas actuaciones bajo la ficción de que el juez ha garantizado, en términos formales, el proceso de adquisición.

En relación con la pregunta precedente, la doctrina de la Sala Segunda, de forma mayoritaria, ha descartado cualquier consecuencia en términos de inutilizabilidad respecto a aquellas actuaciones practicadas por la Policía sin mandato judicial en la fase procesal de la investigación, poniendo el acento, únicamente, en la necesidad de que la evidencia acceda al juicio por el vía de la prueba testifical de los funcionarios que la practicaron. Los argumentos utilizados son varios. El principal reside en la idea de la especialización de determinadas diligencias, en particular las de recogidas de huellas y muestras y, por tanto, en la innecesidad e inutilidad de que en las mismas intervenga directamente el juez de instrucción pues no aportaría ninguna garantía específica (SSTS 25.1.2005, 26.1.2000).

De forma incluso más contundente (STS 18.5.2001) se ha llegado a afirmar que sin perjuicio de la regulación contenida en la LECrim, la recogida de determinadas muestras no constituye una función que entre en el ámbito de conocimientos y experiencias del juzgador. La fase procesal implica la asunción de una suerte de dirección difusa por parte del Juez que no puede impedir que la Policía Judicial desarrolle funciones para las que específicamente está especializada y facultada, por tal razón, en las normas sectoriales (artículos 11 g) y 38 Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 28 a) y e) del Real Decreto 769/87 de Policía Judicial). Como consecuencia, el Juez no está obligado a realizar de forma personal y sobre el terreno las labores de búsqueda, recogida y conservación de vestigios o pruebas materiales. La regla de jurisdiccionalidad contenida en el artículo 326 LECrim, no es rígida y, por tanto, permite, por razones de especialidad funcional la intervención autónoma de la Policía Judicial para la búsqueda de determinados medios de prueba.

La claridad de la doctrina jurisprudencial se ha visto, sin embargo, empañada por pronunciamientos de la propia Sala Segunda, en una muestra más de la inestabilidad jurisprudencial sincrónica que caracteriza el trabajo del Alto Tribunal.

En efecto, la STS de 14 de abril de 1997 aplicó al regla de inadmisión de la evidencia obtenida con motivo de la toma de huellas del sospechoso practicada por la Policía Judicial sin mandato del juez cuando el procedimiento de investigación judicial ya se había abierto, por considerar que se había vulnerado el régimen de jurisdiccionalidad contenido en el artículo 326 LECrim.

Pero lo que parecía un pronunciamiento aislado y olvidado de la Sala recobró una particularísima vigencia con motivo de la STS de 19 de abril de 2005, cuyo ponente, por cierto, era el mismo que el de la mencionada decisión de 1997.

En el caso, la parte recurrente cuestionaba la admisión de una determinación de ADN a partir de una muestra recogida por la Policía Judicial procedente de un esputo exhalado por el inculpado cuando fue trasladado de la celda donde era custodiado. La muestra se consideró indubitada y permitió la comparación

del ADN extraído con el hallado en la capucha con la que el inculpado se cubrió el rostro al momento de comisión del hecho justiciable.

La Sala de lo Penal privó de toda eficacia probatoria a la evidencia obtenida. Tres razones fundamentaron la decisión: la primera, que la toma de muestra infringió el régimen general de actuación previsto en el artículo 326 LECrim, cuando el procedimiento judicial ya había sido abierto, sin que concurrieran razones de urgencia; el segundo, que, en todo caso, se desconoció el régimen especial previsto en el artículo 363 LECrim que reclama la autorización judicial para la toma de muestras biológicas del sospechoso mediante resolución motivada; la tercera, relativa a que la toma se realizó en condiciones de nula contradicción, sin información previa al indagado sobre la misma ni sobre las circunstancias en las que se produjo y sin recabar su consentimiento.

Pocos meses después, el 14 de octubre de 2005, la Sala de lo Penal decidió en sentido contrario en un supuesto prácticamente idéntico al analizado en la STS de 19 de abril de 2005. El pronunciamiento, muy poco respetuoso con las exigencias del método decisonal en supuestos de *overruling*, descartó la tacha de inutilizabilidad, pretendida por la defensa, del ADN extraído, también, de un esputo exhalado por el inculpado y que sirvió como muestra indubitada para comparar con el ADN hallado en otros restos biológicos procedentes de instrumentos del delito. La sentencia, que no menciona el precedente del que se separa, fundó su decisión sobre dos argumentos explícitos y uno implícito. El primero, relativo a la necesidad de distinguir entre muestras obtenidas del cuerpo del sospechoso - supuesto al que se referiría la previsión contenida en el artículo 363 LECrim-, de las muestras subrepticias derivadas de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto pasivo de la investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, respecto a las cuales no cabe exigir autorización judicial previa. El segundo argumento explícito es el que atiende al uso de la información genética afirmándose que en el caso concreto se excluyó cualquier utilización de los perfiles más allá de los estrictos fines identificativos, por lo que no se produjo con la obtención de la muestra ninguna afectación relevante

del derecho a la intimidad. El tercero de los argumentos, implícito, es que la Policía Judicial puede recoger muestras de material biológico aun cuando el procedimiento judicial ya esté iniciado.

La clamorosa disparidad de criterios reclamó un Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, adoptado el 31 de enero de 2006, en el que, de la forma sincrética que caracteriza esta toma de posturas, la Sala afirmó que *“en lo relativo a la realización de pruebas de ADN, la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”*. Acuerdo que ya ha tenido proyección jurisdiccional en las SSTS 14.2.2006 y 20.3.2006.

Es evidente que el Acuerdo, y las sentencias que le siguen, constituyen una ampliación evidente del espacio de autonomía investigativa de la Policía Judicial en el espacio procesal. Y ello mediante una lectura materialmente deslegalizadora del marco normativo que regula la obtención de muestras genéticas. Sin perjuicio de las razones que pueden argüirse para justificar la competencia funcional de la Policía Judicial para la recogida de dichas muestras situadas fuera del cuerpo del sospechoso y de la no aplicación al caso de la previsión específica contenida en el artículo 363 LECrim, lo cierto es que el legislador del 2003 reguló de forma expresa que fuera del campo de operaciones marcado por el artículo 282 LECrim (que se invoca expresamente en el inciso final del artículo 326 LECrim) y, por tanto, cuando no concurren razones de urgencia, la recogida de vestigios biológicos debe ser adoptada u ordenada por el juez.

Los tribunales a la hora de interpretar las normas que aplican deben partir de la presunción de racionalidad prescriptiva del legislador y de que, por tanto, ordena lo que prescribe con el alcance que se decanta de los términos lingüísticos y comunicativos utilizados. El legislador de 2003 era consciente, y así también debe presumirse, de los problemas normativos de identificación del espacio funcional atribuido a la Policía Judicial y pese a ello, en la materia de

recogida de muestras biológicas reafirmó la jurisdiccionalidad de la intervención en supuestos de no urgencia.

Un elemental criterio apagógico en la aplicación de la norma obliga a interpretarla de tal manera que puedan hacerse efectivas las consecuencias jurídicas buscadas por el legislador democrático. En ello consiste, ni más ni menos, la función que la regla de constitucional de distribución del poder atribuye a los tribunales.

El Tribunal Supremo no puede, por vía aparentemente interpretativa, vaciar de contenido una norma de contenido y consecuencias claras sin riesgo de situarse en una posición constitucional que no le corresponde, desconociendo, además, el límite que se establece en el artículo 297, in fine, LECrim, cuando se prohíbe expresamente a la Policía Judicial utilizar medios de investigación que la Ley no autorice.

Cabían en efecto, otras soluciones normativas, cabe, también, criticar la técnica legislativa, sobre todo por su continencia en la regulación de una materia tan importante, pero lo que resulta difícil negar es que en lo previsto la norma identifica su campo de aplicación. Regulación que, en todo caso, no está desprovista de razones teleológicas valiosas como la de proteger de forma reforzada, mediante la intervención del juez, los derechos fundamentales en liza; asegurar la atribuibilidad del mapa de ADN a su portador, buscándose de la mejor manera posible su inobjetable asignación al investigado; y, atendida la alta tasa de valor probatorio que incorpora, garantizar de forma intensa los derechos de defensa del inculpado (CORTÉS BECHIARELLI).

La cláusula jurisprudencial de atribución de competencias funcionales a la Policía Judicial para la recogida de muestras biológicas augura, además, nuevos riesgos de incerteza atendido el avance de las técnicas de identificación genética. En particular, las de secuencia extensiva que permiten ya delimitar el perfil genético del sospechoso no a partir de muestras indubitadas procedentes del mismo sino de personas de su entorno familiar. Parece evidente que el legislador deberá reaccionar regulando de mejor manera el proceso de obtención y determinación de perfiles genéticos pero mientras tanto parece arriesgado dejarlo en manos de la Policía Judicial por

mucha competencia técnica que se le reconozca. La cuestión reclama complejos balances de intereses aplicando estándares de proporcionalidad para lo cual la intervención del juez parece difícilmente sustituible o prescindible.

En todo caso, lo dicho hasta hora vuelve a patentizar las debilidades del modelo: las graves anomías que concurren, la *inadecuación tecnológica* de muchas de las soluciones que contempla y la asistematicidad de las mismas. Todo ello abonado, además, por una jurisprudencia dubitativa que se mueve entre el funcionalismo y la preservación de garantías colaborando activamente, tal vez de forma inconsciente, en la creación de un modelo Frankenstein ingobernable.

4. La transformación de las fuentes de prueba en prueba: la proposición de medios de prueba plenarios.

Partiendo de la naturaleza secuencial del proceso de adquisición probatoria, la segunda de las fases viene integrada por los mecanismos procesales que permiten el acceso de la fuente de prueba al cuadro probatorio a practicar en el acto del juicio y que será objeto de valoración por el tribunal como presupuesto de su decisión. Es evidente que sin este paso, las evidencias aseguradas carecerán de toda relevancia acreditativa sin perjuicio de los efectos que hayan podido desplegar en la fase instructora para fundar de forma provisional la inculpación o la adopción de medidas cautelares de contenido altamente injerente.

El mecanismo de transmutación sugiere, también, importantes problemas de orden conceptual y práctico. Una mala o inadecuada selección de medios probatorios por parte de las acusaciones para aportar las fuentes de prueba puede provocar su inadmisión por el Tribunal o impedir la valoración de las mismas.

El marco normativo y, sobre todo, el ingobernable magma jurisprudencial que lo interpreta no favorecen, precisamente, la claridad sobre cuáles son los medios

de prueba que pueden y deben proponerse y sobre cuáles deben ser las condiciones de su práctica plenaria.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 297 y 707, ofrece una guía aparentemente sencilla. Todas las actuaciones contenidas en el atestado tendrán valor de denuncia y, por tanto, han de ser objeto de prueba, precisando que en relación a los hechos de conocimiento propio aportados por los agentes de la Policía Judicial, su introducción reclamará, como medio, la prueba personal de testigos.

No parece, por tanto, dudoso que respecto a aquéllas actuaciones asegurativas que trasladen una percepción sensorial al agente que las practica con valor informativo para la acreditación del hecho justiciable, el único medio posible de acceso es mediante la prueba testifical a practicar en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción en el acto del juicio.

A mi parecer, coincidiendo con MIRANDA ESTRAMPES, la diligencia de inspección ocular que comporta una descripción del lugar de comisión del presunto delito y, en buena medida, también, una hipótesis explicativa inferencial de cómo pudo producirse el delito, debe ser objeto de prueba testifical con independencia de que en las condiciones de producción concurriera contradicción defensiva. Dicha circunstancia, ajena al acto de aseguramiento de la fuente de prueba, no es indiferente pero no compromete el vehículo probatorio. Su proyección, como apuntábamos *ut supra*, será en la secuencia de la valoración no en la de la proposición/admisión. La afirmada naturaleza preconstituida de inspecciones oculares practicadas por la Policía en las condiciones previstas en el artículo 333 LECrim, no permite el acceso por la vía documental al amparo del artículo 726 LECrim, ni tampoco por la vía prevista para las diligencias sumariales irreproducibles prevista en el artículo 730 LECRim.

No obstante, la Jurisprudencia Constitucional y, a su rebufo, la de la Sala Penal del Tribunal Supremo, han matizado la necesidad de prueba personal para acceder a determinados datos del atestado cuando éstos son de carácter objetivo y verificables como *los croquis, los planos, huellas, fotografías la*

propia recogida de efectos del delito (SSTC 138/92, 173/97143/2005) siendo suficiente su introducción como prueba documental.

Sin perjuicio de que la prueba documental en sentido estricto ha de venir referida a la plasmación en soporte físico de datos relevantes para el proceso que se ha producido con carácter previo a su incoación, la extensión de la categoría a datos documentados en el atestado debe hacerse con especial precaución, tomando en cuenta los riesgos de reducción de contradicción material que comporta y los consecuentes déficits de calidad cognitiva que pueden afectar al dato probatorio.

La admisión como prueba documental de dichos elementos del atestado debe ponerse en relación con la naturaleza del dato que se pretende acreditar y con las posibilidades epistémicas de las que dispone la defensa para combatir su relevancia acreditativa. En efecto, si para la obtención del dato los agentes no han operado con categorías inferenciales y su plasmación se ha realizado mediante métodos en los que no es posible la intervención selectiva o modificativa de los agentes, parece razonable considerar que el documento producido resulta, en términos objetivos, autoevidente, esto es no hay margen posible para que mediante la práctica plenaria las partes, en particular las defensas combatan la calidad informativa.

Las fotos o las grabaciones videográficas que se contemplan como diligencias asegurativas en el artículo 770 LECrim, siempre que se descarte posibilidades manipulativas de la imagen recogida, agotan su caudal informativo en si mismas, sin que entre el proceso de aportación y de valoración el tribunal requiera de datos explicativos o descriptivos accesorios. La función informativa y las posibilidades defensivas se satisfacen de forma suficiente con la aportación y la posibilidad de exhibición plenaria mediante la vía documental. En cuanto a los instrumentos o efectos del delito, su acceso al cuadro probatorio no puede residir en la mera referencia en el atestado sino en su recepción como piezas de convicción que constituyen un medio probatorio *sui generis* con reglas especiales de práctica plenaria.

Pero sin duda, son las actuaciones asegurativas de fuentes de prueba consistentes en la práctica por la Policía Judicial de análisis o pericias sobre efectos, vestigios o instrumentos del delito las que sugieren mayores problemas en orden a su aportación al cuadro de pruebas disponibles.

Si bien la doctrina de la Sala Segunda, como no podía ser de otra manera, no reconoce, *stricto sensu*, valor preconstituido a dichos informes periciales sin embargo ha venido ha *dulcificar* las exigencias de vehicular su introducción mediante prueba de carácter personal, estimulando un constante *proceso de documentalización* de la fuente de prueba. Bajo un sesgo indisimuladamente funcionalista, la Sala Segunda ha admitido la introducción por vía documental de informes periciales elaborados por gabinetes o laboratorios oficiales, siempre que la defensa no los impugnara en tiempo oportuno, atendida la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de los funcionarios integrantes. Notas que permiten atribuir a los dictámenes, *prima facie*, validez plena (SSTS 10.6.99, 23.2.2000, 28.6.2000, 18.1.2002, 25.1.2005) sin necesidad de contradicción plenaria.

La regla de documentalización de la fuente pericial ha tenido un notable desarrollo, extendiéndose a informes no provenientes de gabinetes centrales, a partir del argumento denominado de la *aceptación tácita* (Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 25.1.1999 y 23.2.2001).

Dicho argumento supone que es a la defensa a la que le incumbe pretender las aclaraciones de los peritos en el plenario o, en su caso, la impugnación de sus conclusiones en el momento procesal oportuno pues en caso contrario, el silencio alegatorio equivaldrá a la admisión, primero, del medio probatorio documental y, segundo, de las propias conclusiones del dictamen .

A mi parecer, la regla jurisprudencial comporta costes cognitivos importantes e inasumibles para un modelo de acercamiento a la verdad que debe basarse en un método materialmente contradictorio y, también, en el plano de los principios basilares, en particular el que determina que es a la acusación a la que le incumbe de forma exclusiva la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión de condena.

En efecto, la documentalización del informe pericial desnaturaliza el medio hábil para permitir al tribunal el acceso a la información relevante, comprometiendo materialmente la regla de producción contradictoria. En este sentido, debe insistirse en que la búsqueda de la verdad en el proceso constituye un fin natural e irrenunciable del mismo pero al tiempo no puede soslayarse que la propia noción de verdad resulta fuertemente condicionada por los valores que se traducen en el método a través del cual la búsqueda se desenvuelve. De ahí, la íntima relación entre verdad y producción contradictoria pues ésta constituye un verdadero presupuesto epistemológico que permite que aquélla se manifieste independientemente de lo que quieran las partes mediante el encuentro dialéctico y ritualizado entre los antagonistas durante la formación de la prueba (FERRUA).

El dictamen pericial, por esencia, incorpora máximas de experiencia que el tribunal no posee, cuya selección, validación y justificación depende de una actividad cognitiva de tipo inferencial realizada por una persona, el perito, que aplica de forma selectiva, aunque no sea arbitraria, métodos y conocimientos no siempre neutrales o indiscutibles para la propia comunidad científico-técnica a la que pertenece. Es evidente, por tanto, la necesidad epistémica de someter a debate contradictorio las conclusiones y los métodos empleados con la finalidad esencial de que el juez pueda acceder a la regla de experiencia transmitida calificándola como aceptable o valiosa para la reconstrucción fáctica. La calidad de la conclusión pericial reclama identificar la validez del método seguido para su obtención y, no por orden de importancia, identificar la *tasa de refutabilidad* de la conclusión y el grado de consenso en la comunidad técnico-científica de los presupuestos y datos de los que parte y a los que llega. Objetivos probatorios que de forma alguna pueden obtenerse cabalmente mediante la simple introducción documental de la pericia y su formalizada lectura en el acto del juicio.

Pero como apuntábamos, la documentalización de los informes periciales arrastra otro riesgo alarmante: la modificación de la carga probatoria que el incumbe alas acusaciones.

Comparto la opinión de MIRANDA ESTRAMPES cuando afirma *“que la doctrina de la aceptación tácita actúa a modo de inversión jurisprudencial de la carga probatoria al imponer a la parte acusada una determinada actuación procesal, consistente en la solicitud de citación de los peritos para la vista oral o en la proposición de contraprueba, y la expresa impugnación de los resultados del dictamen pericial, ya que de lo contrario su silencio o su postura pasiva se interpretarán como aceptación de dichos resultados”*

La doctrina de la *aceptación tácita* ha sido recibida de forma contradictoria por el propio Tribunal Constitucional, avalando sus consecuencias de forma explícita entre otras en las SSTC 24/91 y 143/2005 (en esta última, de forma sorprendente, situándose, posiblemente, en el supuesto más extremo de aplicación de la cláusula de documentalización de prueba pericial, se validó la introducción documentada de un dictamen elaborado por peritos de la Agencia Tributaria sobre el que se basó la condena por un delito contra la Hacienda Pública del recurrente en amparo) y cuestionándola de forma nuclear en la STC 9/2004.

En esta última decisión, donde se analizaba una pretensión de amparo por violación de la presunción de inocencia por haberse atribuido valor probatorio a un dictamen elaborado sin contradicción en fase instructora introducido por vía documental en el plenario, el Alto Tribunal de Garantías aborda explícitamente las consecuencias en orden al alcance de la regla de distribución de cargas de acreditación.

El caso presentaba algunas singularidades. El informe pericial (sobre el valor de los daños causados a un perro) se había emitido en fase instructora sin contradicción, siendo el acusado (recurrente en amparo) quien, previamente a la celebración del juicio oral, propuso la prueba pericial —a fines de ratificación y aclaración de dicho informe -. Fue también el entonces acusado quien, incomparecido el perito al acto del juicio oral, solicitó la suspensión formulando protesta ante la denegación de tal solicitud y solicitando que constaran en acta las preguntas que en su caso hubiera formulado al perito. El acusado, condenado en la instancia como autor de un delito de daños, no reiteró la

petición de prueba en la segunda instancia, limitándose a alegar la indefensión por falta de contradicción.

La fundamentación de la sentencia resulta de particular interés.

El Tribunal parte para el análisis de la pretensión de un primer test relativo a si el acceso del tribunal a la información probatoria se realizó respetando las garantías constitucionales. En particular, si existía una adecuación entre el acceso a la fuente de prueba y el medio probatorio utilizado para su introducción en el cuadro probatorio, advirtiendo que la valoración de pruebas cuya práctica no se ajusta a tales exigencias constitucionales lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías.

Entre éstas, el Tribunal concede una particular importancia a la contradicción reiterando que *“el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible”*, pero advirtiendo, a continuación, que no podía exigirse al acusado que para obtenerla asumiera la carga de solicitar la práctica del medio probatorio personal *“ya que la aportación a juicio de las pruebas de cargo con garantías constitucionales (entre ellas la contradicción) no corresponde en absoluto al acusado sino a la acusación”*.

Sobre el contenido de dicha carga el Tribunal añade *“que [la misma] recae en el proceso penal en las partes acusadoras, quienes han de probar en juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal pues el art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo corresponde a quienes, en el correspondiente proceso penal, ejercitan la acción”*.

Sobre el modo de satisfacción de la carga, el Tribunal recuerda *“que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (STC 161/1990 y en el mismo sentido entre otras, STC 174/2003). No*

obstante ello nuestra jurisprudencia ha admitido también que excepcionalmente puedan integrarse en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales si concurren determinadas circunstancias: imposibilidad de reproducción en el juicio oral, intervención del Juez de Instrucción, posibilidad de contradicción, introducción del contenido de la diligencia en el juicio oral bien mediante lectura del acta en que aquélla se documenta bien a través de los interrogatorios habidos en el juicio oral”.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal identificó lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, que se proyectó de forma particular en el derecho a la presunción de inocencia.

En el caso de autos la valoración del animal muerto en la suma de 85.000 pesetas, que se recoge en el relato de hechos probados, fue hecha en fase de instrucción, a la sola presencia del Juez de Instrucción, sin contradicción, por un “perito tasador profesional”, según consta en la diligencia extendida al efecto. Las Sentencias impugnadas asumieron el contenido del informe pericial sin dicha exigencia constitutiva. La cual no puede verse suplida mediante fórmulas inversoras de la carga de prueba ni mediante fórmulas presuntivas de aceptación. Ni el acusado tenía la carga de pretender la introducción plenaria del medio probatorio hábil para transmitir la información relevante – la emisión del dictamen por el perito que lo elaboró- ni menos aún pretender la práctica en segunda instancia a al vista de la incomparecencia del perito a la vista celebrada ante el Juez de lo Penal.

Lo dicho hasta hora sirve para patentizar, también, un confuso estado de cosas y los riesgos que se generan.

Creo necesaria una reformulación restrictiva de la regla de documentalización y del estándar de la aceptación tácita que le sirve de ariete si se quiere, en primer término, situar al método contradictorio de acercamiento a la verdad en el papel central que le corresponde en la producción de medios probatorios. En segundo lugar, preservar los riesgos de afectación de la presunción de inocencia mediante fórmulas inversoras de la carga de la prueba. Y en tercer lugar, garantizar las

mejores bases cognitivas sobre las que el juez debe atribuir valor a los medios de prueba.

En todo caso, soy consciente de que las fórmulas jurisprudenciales que desplazan *al rincón de los trastos inútiles* las necesidades de adecuación, en términos epistémicos y de contradicción deseable, entre la información probatoria y el medio probatorio con el que se pretende introducir, están muy arraigadas. Y soy consciente, también, que el legislador con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002, al introducir el artículo 788.3º LECRim que documentaliza *ex lege* las pericias policiales sobre la naturaleza de las sustancias (reforma que ha propiciado el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2005, que rebaja las condiciones de impugnación y, por tanto, de necesidad de práctica plenaria contenidas en los acuerdos de 1999 y 2001 antes citados) no facilita precisamente el cambio que se defiende en estas líneas.

Pero la reforma puede ser también leída en otra clave. Si el legislador democrático solo ha previsto la documentalización del medio probatorio que permite el acceso a las fuentes de prueba pericial cuyo objeto son los análisis cuantitativos y cualitativos de droga es porque considera inadecuado la transformación del modelo de adquisición probatoria respecto al resto de periciales. Por tanto, la consecuencia es que la excepción no puede convertirse en regla.

Creo que concurren sólidas razones para defender el necesario acceso de la fuente pericial producida por la Policía Judicial mediante la prueba de peritos plenaria y que las dudas e incertezas de la Jurisprudencia Constitucional confirman que la cuestión no puede, ni mucho menos, considerarse cerrada.

