

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Madrid.

Director del VII Curso Internacional de Alta Especialización para las Fuerzas de Policía.

El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación en España)*.

(*) Texto, complementado con notas, de la conferencia pronunciada el 15 de mayo de 1985 en el Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela.

Se destina al Libro-Homenaje al profesor Dietrich Oehler.

La policía, institución cuyos orígenes se remontan a las primeras aglomeraciones urbanas, es comúnmente considerada como una de las formas más antiguas de protección social y el principal modo de expresión de la autoridad (1).

Prevalente durante siglos esta segunda característica de exteriorizar el poder del soberano sobre sus súbditos es, a principios del siglo XIX, cuando por obra de la ideología de la Ilustración o de las Luces inspiradora de la Revolución francesa y del Estado liberal se produce una inflexión en el carácter y en las funciones asignadas a la policía, entre las que pasa a ocupar el primer rango la protección de los miembros de la comunidad. "La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo", establecía el artículo 12 de la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano. El camino hacia su consagración está lleno de tuites, zigzags y retrocesos y, aún hoy, no se ha logrado su pleno reconocimiento: que es mayor o menor, según la comunidad, según el modelo de Estado, al

(1) Rico, José María, *Sistemas comparados de policía*, en *Policía y sociedad democrática*, compilado por José María Rico, Madrid, 1983, p. 29.

que la policía sirve. Intimamente ligada a la sociedad que la crea —como escribe Rico— la filosofía general, su forma de organización y las funciones específicas que ha de cumplir dependen fundamentalmente de las características socio-políticas y culturales de la comunidad en que debe actuar.

El origen de la policía, en sentido moderno, suele verse en el *Metropolitan Police Act*, de 1828, obra del eminente estadista inglés Sir Robert Peel. Los “bobbis” como en homenaje cariñoso a su fundador, sir Robert, se denominan aún hoy los policías londinenses (*in and near the Metropolis*) configuran la nueva imagen del actuar policial (2).

Esta policía, luego extendida a toda Inglaterra se estructura como un cuerpo civil, de carácter local, al servicio del ciudadano y con una función preponderantemente preventiva (3).

El inglés constituyó uno de los modelos inspiradores de la organización policial en varios Estados. El segundo fue el francés, caracterizado ante todo por la centralización. La realidad es, empero, que en Francia la policía centralizada se organiza sobre una base local, y que en Gran Bretaña el poder central posee amplias prerrogativas sobre la organización e, incluso, sobre la acción de la policía. En ambos países, por lo demás, el aparato policial moderno se inicia en las respectivas capitales y sólo después se extiende al resto de las ciudades y pueblos (4); tanto en Francia

(2) Edefonso-Coffey-Grace, *Principles of Law Enforcement*, Nueva York, Londres, Sydney, Toronto, 1974, pp. 68 y ss.

(3) Ballbé, Manuel, *La policía y la Constitución*, en *Política y sociedad democrática*, Madrid, 1983, cit. en nota 1, p. 91.

(4) Véase Curbet, *Los orígenes del aparato policial moderno en España*, en *Política y sociedad democrática*, Madrid, 1983, cit. en nota 1, p. 56.

como en Inglaterra, la policía profesional y jerarquizada sustituye al ejército y a los guardianes de que disponían los diversos estamentos para el mantenimiento del orden, y, por su dispersión por todo el territorio, en uno u otro Estado va a ejercer un control pleno sobre las respectivas sociedades.

Los Cuerpos y Fuerzas españolas de Seguridad del Estado, Guardia Civil, Cuerpo Superior de Policía y Cuerpo de la Policía Nacional, se originan, asimismo, en el siglo XIX. Precursores de los últimos son las "Milicias o Guardias Cívicas", instauradas y estructuradas a partir de 1808 por decretos varios, sobre modelo francés, por José Bonaparte y, en particular, las "Milicias Nacionales", creación de las Cortes de Cádiz (5) al reconocer a las "guerrillas" y que, tras vicisitudes diversas, llegan hasta 1874 (6), en que desaparecen al perder virtualidad las fórmulas progresistas.

Su funcionamiento se reguló por decreto de 15 de

(5) En contra de la opinión de Morales de que la Milicia Nacional nace con la Constitución de 1812 cuyo título VIII ordena su creación "para la conservación del orden interior" (Morales Villanueva, *Las fuerzas de orden público*, Madrid, 1980, p. 51) ha de manifestarse que esta función se asigna a las "tropas de continuo servicio", es decir al ejército. Este es el tenor literal del art. 356, que encabeza el Capítulo primero del título citado: "Habrá una *fuerza militar nacional permanente* de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación *del orden interior*". El servicio de las milicias nacionales, en cambio (así lo estatuye el art. 363), "no será continuo, y sólo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran". En todo caso, esto significa un paso notable respecto a la situación imperante en el antiguo régimen. Durante el cual, la autoridad militar concentraba las competencias en las cuestiones de Policía y orden público y el mando directo de la fuerza pública de intervención interior, que no era más que el mismo Ejército (Ballbé, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, p. 28.

(6) Curbet, art. cit., pp. 64-67.

abril de 1814, que estableció que formarían parte del Cuerpo, y por un periodo de 8 años, todos los ciudadanos comprendidos entre los 30 y los 50 años, salvo los sacerdotes, los ordenados "in sacris", los diputados, los consejeros y otros funcionarios. Por el carácter discontinuo de su actuación, los haberes no tenían carácter permanente, abonándose por los Ayuntamientos únicamente los días en que efectivamente se desempeñaban servicios. Su organización era militar, se prestaba juramento a la bandera y se estaba sometido a las leyes castrenses, pero —y esto constituye una innovación curiosa— el nombramiento de los mandos se hacía mediante votación entre todos sus miembros (7).

Su misión de tutelar la seguridad pública, la ejercían mediante la protección de las personas y propiedades, la persecución y prendimiento de malhechores y desertores, la conducción de presos, detenidos y caudales. Tenían también que colaborar en la celebración de actos públicos, dándoles un mayor relieve con su asistencia y hacer guardia en las casas capitulares.

Identificadas las Milicias Nacionales con el liberalismo, el progresismo y el constitucionalismo de Cádiz, se disuelven y se restablecen varias veces, incluso con otras denominaciones, a lo largo del siglo, hasta que se suprimen definitivamente en 1874. A una burguesía convertida en conservadora, no le era ya necesaria la Milicia Nacional que mantenía vivos los ideales revolucionarios de 1820.

Triunfantes —en la dialéctica progresismo-conservadurismo— las fórmulas moderadas, la Guardia Civil, fundada en 1844, encarna una concepción de la vida eminentemente conservadora que se erige sobre la

(7) Morales Villanueva, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

doble columna de la centralización y la militarización. Su modelo, también francés, fue la antigua Gendarmería republicana (8).

Los decretos fundacionales, según Morales, son de 26 de enero, 28 de marzo y 13 de mayo de 1844. Nace en el seno del Ministerio de la Gobernación, a quien corresponde la distribución de fuerzas y su servicio peculiar; pero su organización personal, disciplina, material y percibo de haberes, corresponde al Ministerio de la Guerra. La antigua fuerza civil con organización militar se convierte en una fuerza militar que presta un servicio civil (9). El cambio es trascendente.

La consagración definitiva de su carácter militar se debe a las leyes constitutivas del Ejército, a partir de la de 23 de noviembre de 1878 que considera a la Guardia Civil cuerpo integrante del Ejército, con la misión de prestar auxilio a la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden, de las personas y de las propiedades (10).

Obra del siglo XIX, la Guardia Civil llega hasta nosotros. El siglo XX es, por el contrario, el de resurgimiento y desarrollo de la Policía: la evolución aquí no es lineal. Se trata de un proceso discontinuo, respecto de sus precedentes (11), que marcará no obstante también su impronta.

La Ley de la Policía, de 4 de diciembre de 1978, vigente, de Martín Villa que, con palabras de Balbé, pronunciadas el 28 de septiembre de 1984 en el Ateneo comenzó a "civilizar a la policía", determina las

(8) Curbet, art. cit., p. 69.

(9) Morales Villanueva, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

(10) Morales Villanueva, *La guardia civil: un cuerpo militar*, en la revista *Estudios históricos de la Guardia Civil*, n. 26, p. 55.

(11) Curbet, art. cit., p. 73.

funciones que competen a la Guardia Civil, Cuerpo Superior de Policía y Cuerpo de la Policía Nacional; entre otras;

Mantener y restablecer el orden público y la seguridad de los ciudadanos, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades y cuidando de la estricta observancia del ordenamiento jurídico.

Evitar la comisión de hechos delictivos y, de haberse cometido, investigar, descubrir y detener a los presuntos culpables y recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente.

Prestar auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, colaborar con las instituciones y organismos de asistencia pública y coadyuvar, a petición de las partes, al arreglo pacífico de las disputas entre los sujetos privados.

A ellas ha de añadirse, respecto a la Guardia Civil, el control de armas y explosivos; prevención y persecución del contrabando; la custodia de vías de comunicación inter urbanas. Y respecto a la propia Policía (Cuerpo Superior de Policía o Policía Nacional), información, prevención o investigación de la delincuencia, control de entrada, permanencia y salida de españoles y extranjeros en el territorio nacional, prestación de auxilio en los casos de conflicto, accidente, calamidad pública o desgracias particulares, etc. A esta lista, incompleta, han de añadirse las facultades de la policía municipal y las de las policías dependientes de las Comunidades Autónomas.

Se trata de un amplísimo abanico de poderes, que en esta sede no es necesario exponer de forma exhaustiva, en cuya ejecución, si se careciese de límites, se afectaría a prácticamente todos los derechos y libertades no ya sólo reconocidos por la Constitución,

sino aún más, a los preconstitucionales, es decir, a los denominados derechos humanos fundamentales, que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concepción de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (12), derechos que, con una expresión que ha hecho fortuna, se concretan en el derecho a ser hombre (13).

El progreso de la humanidad ha venido dado —en el ámbito sociopolítico— por la imposición de límites al ejercicio del poder. El poder no es un fin en sí mismo, sino un servicio subordinado a un fin moral, al buen uso de ese poder (*Rex eris si recte facies*), de acuerdo con la concepción medieval cristiana.

La Edad Media, sin embargo, a pesar de que no desconoció que todos los hombres, más allá de su *status* social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana hecha “a imagen y semejanza de Dios”, no proyectó estos principios de la dignidad y la igualdad de todos los hombres en cuanto tales de forma consecuente en el campo de las instituciones públicas y privadas. Con sutiles distinciones la filosofía cristiana se avino, por ejemplo, a aceptar la licitud condicional de la esclavitud o, respecto al tema objeto hoy de análisis, permitió la utilización del tormento en el procedimiento penal (14).

(12) Truyol y Serra: *Los derechos humanos*, Madrid, 1968 (Estudio Preliminar), p. 11.

(13) Peces-Barba Martínez, *Derechos fundamentales, I*, Teoría general, Madrid, Barcelona, 1973, p. 60.

(14) Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 12-13.

La conciencia clara y universal del significado de los derechos humanos es propia de los tiempos modernos. Como también lo es que ellos imponen un límite al ejercicio del poder del Estado. Que este límite no sea ya moral, sino jurídico, se debe a la escuela racionalista del derecho natural, y encuentra su consagración en el Estado de Derecho y el imperio de la ley (15).

Su reconocimiento internacional, aunque sin desarrollarlo por medio de normas concretas, se hace por vez primera en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. De acuerdo con Verdross, esta instaura el principio de que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye una cuestión internacional, supra-estatal (16). Desarrollo que se produce poco después al aprobar la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que parte de la idea de que estos derechos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana, por lo que corresponden a todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables, que solemnemente enumera:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

(15) Peces-Barba Martínez, *op. cit.*, p. 64.

(16) Verdross, *Derecho Internacional Público*, trad. castellana de Truyol, Madrid, 1963 (4 ed.), p. 505.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a circular libremente, y a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La Declaración es reforzada por una serie de convenios, convenciones y pactos internacionales, a comenzar por el de derechos económicos, sociales y culturales y el de derechos civiles y políticos, ambos de 1966, y, respecto a Europa, por la Convención para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, completada por varios protocolos. Sus preceptos poseen carácter vinculante por haber sido acogidos en las Constituciones o leyes internas de numerosos países y, en lo que afecta a las relaciones de España con el Consejo de Europa, por haber hecho nuestro país el 11 de junio de 1981 la declaración, conforme al art. 25 de la Convención, de reconocer la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer demandas individuales de quienes se pretendan víctimas de una violación de los derechos reconocidos por la Convención.

En estos momentos, precisamente, la Comisión citada tiene admitido a trámite, parcialmente, las demandas presentadas el 18 de octubre de 1983 por los Sres. Francesc Barberá, Antoni Messegue y Ferrán Jabardo contra España, quienes han alegado que durante la detención policial, antes de ser presentados ante el juez el 23 de octubre de 1980, fueron incomunicados, privados de asistencia de abogados y obligados bajo amenaza, tratos vejatorios y tortura a firmar una declaración en la que confesaban su participación en el asesinato del Sr. Bultó.

La Constitución española consagra los derechos y libertades básicas en el capítulo segundo. Entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que quepa, en ningún caso, la práctica de la tortura o los tratos inhumanos y degradantes (17). El derecho a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad salvo en los casos y formas previstos en la ley. Se estatuye también que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y que, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o la persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales. Se declara que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales,

(17) Que ha sido prevista, específicamente, como delito. Véase, nota 30. El 10 de diciembre de 1984 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, por unanimidad, la Convención "contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. La *Association Internationale de Droit Pénal* preparó, en 1977, un *Draft Convention for the Prevention and suppression of Torture*, de cuyo Comité de expertos formé parte, que se elevó a las Naciones Unidas (Véase el número especial de la "Revue Internationale de Droit Pénal", 1977 (ns. 3 y 4) dedicado al tema). Respecto al Proyecto de Convención Europea sobre la tortura, y a los Principios de ética médica de las N.U., remitimos a la Comisión Internacional de Juristas: "La Revista", Ginebra, 1983, (n. 31), pp. 52 y ss. y 67 y ss., respectivamente. El 4 de febrero de 1985, España ha firmado la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, etc.

Es evidente que la consagración constitucional de estos derechos y libertades básicas constituyen un límite infranqueable a la actividad de la Policía en el ejercicio de las importantes, trascendentes, funciones que la ley la encomienda. Más aún, de acuerdo con lo que establece el art. 104 de la Ley Fundamental, a la Policía corresponde la doble misión de garantizar la seguridad ciudadana y proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades. Lo que quiere decir que ante los derechos humanos la policía no ha de tener sólo una actitud estática, pasiva, de respeto; sino que la corresponde una actitud activa, dinámica: garantizarlos.

Este respeto, esta función garantizadora de los derechos y libertades individuales constituyen, por una parte, la servidumbre de la actividad policial, en el sentido de ser un valladar, un obstáculo, insuperable a su ejercicio, pero, al mismo tiempo, es también la grandeza de la actividad de la policía, al mostrar que ha muerto el pragmático, el caduco principio, de que el fin justifica los medios. El fin, o sea, el cumplimiento de las altísimas funciones que competen a la policía en toda sociedad, no puede conseguirse a cualquier costo, no puede lograrse a cualquier precio. Aquí se encuentra precisamente la diferencia entre un Estado autoritario y un Estado democrático: Este se caracteriza por instrumentar los mecanismos necesarios para un equilibrio armonioso entre el ejercicio de los poderes indispensables para el cumplimiento de las misiones *de la policía*, y el *derecho del ciudadano a ser protegido* contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes.

En una sociedad democrática esta protección ha de llevarse a cabo en las tres esferas que configuran los Poderes del Estado: en el ámbito *legislativo*, el *ejecutivo* y el *judicial*. A las que ha de añadirse una cuarta esfera: la de la propia *policía*.

La forma más pura de protección de los derechos humanos la ejerce el *legislador* al determinar normativamente de forma precisa el ámbito del actuar policial. Unas Cámaras legisladoras que perdida la ecuanimidad ante ciertas formas epidémicas de criminalidad grave, v. gr., la criminalidad organizada o el terrorismo, permiten, por ejemplo, que la autoridad gubernativa pueda decretar la incomunicación del detenido y extenderla, en ciertos casos, hasta diez días (18), o proceder a la práctica de la declaración o reconocimiento del detenido, si este lo consintiere (!), transcurridas ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, si ningún abogado se presenta, como establece la Ley de 12 de diciembre de 1983, es indudable que han de ser consideradas co-responsables del eventual mal uso que la policía pueda hacer de unas posibilidades de actuar tan desmedidas que casi invitan al abuso. Co-responsabilidad del Parlamento que aún se agrava ante algún precepto de la reciente ley antiterrorista, sobre la que enseguida volveremos.

La *autoridad gubernativa* por sí o por la vía del Ministerio Fiscal puede lesionar derechos fundamentales, v. gr., si la primera —es decir, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado— penetran sin au-

(18) Así lo establece el artículo 13 de la ley de 5 de Diciembre de 1984 (Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 1985). Según Amnistía Internacional, la incomunicación "facilitó la tortura y los malos tratos" (*Amnistía Internacional, Informe -1985-*, Fuenlabrada, 1985, p. 270).

torización judicial, ni consentimiento de su titular en su domicilio y lo registran y ocupan sus efectos, o decretan la observación postal, telegráfica o telefónica; o el segundo, el Ministerio fiscal, recurre con el fin de evitar que el órgano jurisdiccional excarcele a presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado en tanto la resolución no sea firme, de acuerdo con el art. 19, 3 de la ley antiterrorista, citada, de 5 de diciembre de 1984, en vigor desde el 4 de enero de 1985 (19).

El hecho de que estas facultades gubernativas puedan estimarse que tienen apoyo en lo que dispone el art. 55, 2º de la Constitución no empece calificarlas de anticonstitucionales. En la Constitución, de acuerdo con autorizada doctrina iuspublicista, existen preceptos de distinto rango, y el art. 55, 2º es de rango inferior a los arts. 18, 2 y 3 o 17, 2, 3, tanto porque estos permiten fundamentar un recurso de amparo, y no aquel, como por los diversos porcentajes de votos que uno y otro requieren para poder ser modificados (3/5 y 2/3, respectivamente).

Del tema, que ha sido objeto de análisis o decisiones por autores y tribunales a partir de la Segunda Guerra Mundial, principalmente en Alemania, se han ocupado, en nuestro país, entre otros politólogos, Lucas Verdú y, en estudio publicado en "La Ley" el 23 de noviembre de 1984, las profesoras Pilar Mellado Prado y Yolanda Gómez Sánchez (20). En el ámbito penal, en el marco de un Seminario que orga-

(19) Es la mencionada en la nota precedente. Se intitula "Ley contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55, 2 de la Constitución".

(20) Mellado Prado y Gómez Sánchez, *En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978*, en *La Ley*, pp. 1 y ss.

nicé en Roma sobre la Constitución Española de 1978 como Director del Instituto Jurídico Español, se manifestó en el mismo sentido en 1980 el profesor Enrique Gimbernat.

A los argumentos expuestos pueden añadirse en el campo penal que cuando el art. 15 de la Constitución garantiza que nadie pueda ser sometido a tortura; el 18, 2 y 3 que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito y que se garantiza el secreto de las comunicaciones; y el 17, 2 y 3, estatuye que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y que, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial, y que ningún detenido está obligado a declarar, es evidente que todo ello no puede ser interpretado en el sentido de que lo único que se prohíbe con esos preceptos es la inimaginable —y delictiva— posibilidad de que el legislador dicte disposiciones autorizando los malos tratos o las coacciones para que los detenidos declaren, etc. Lo que se prohíbe es que se promulguen normas que favorezcan —en vez de prevenir— la tortura, las violaciones de domicilio, o el secreto de la correspondencia, etc. (21).

(21) Gimbernat Ordeig, *Constitución y Derecho penal*, en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, Roma, 1982, pp. 96-97. Contra disposiciones de similar contenido promulgadas durante el periodo dictatorial anterior, véase Barbero Santos, *El bandolerismo en la legislación vigente*, y *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el decreto de 21 de septiembre de 1980*, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Valladolid, 1972, pp. 211 y s. y 257 y ss. Sobre las graves violaciones de derechos fun-

En el dilema, pues, de la posible contradicción entre dos normas constitucionales hay que decidirse a favor del precepto que, dentro de la misma Constitución, tenga un rango superior, o sea, el 15, el 17 y el 18.

Una tercera esfera de protección de los derechos individuales contra los eventuales abusos llevados a cabo por la policía corresponde a la *autoridad judicial*. Principalmente esta puede hacerlo de dos formas: 1) declarando la responsabilidad penal del autor; 2) estimando inexistente la "prueba recogida ilegalmente". Investigaciones realizadas en varios Estados muestran, sin embargo, que no siempre estas dos vías suelen seguirse. Los agentes de policía parecen gozar de un régimen de inmunidad frente a la justicia por la pragmática razón de que el éxito del trabajo de ésta depende casi por entero de la colaboración policial. La creación de un cuerpo de policía judicial —cuya existencia y funciones consagra el art. 126 de la Constitución—, obviaría, en no pequeña medida, este obstáculo. Institución que, aunque prevista y regulada en uno de nuestros más admirables textos legales, todavía en rigor, nunca ha llegado a estructurarse, ni siquiera sus preceptos a cumplirse (22). Su instauración como Cuerpo especifi-

damentales por leyes recién promulgadas, véase ampliamente Barbero Santos, *Die Strafrechtsreform der spanischen konstitutionellen Monarchie* "Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag", Berlín, 1985, II, pp. 893 y ss. Versión italiana, *La riforma penale della monarchia costituzionale spagnola*, en *Riv. italiana di dir. e proc. penale*, 1984, pp. 1215 y s.

(22) Me refiero a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. En el artículo 283, por ejemplo, se establece que "constituirán la Policía judicial y serán auxiliares del Ministerio fiscal, de los Jueces de instrucción y de los municipales en su caso: 1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública (...); 2. Los alcaldes (...); 3. Los Jefes Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhe-

co, dependiente orgánica y funcionalmente de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal —conforme al imperativo de la Constitución—, no admite demora (23).

Es obligatorio mencionar, empero, respecto de la primera vía, que alguna Audiencia Provincial —v. gr., la de San Sebastián—, ha impuesto en 1984 seis meses de privación de libertad, cien mil pesetas de multa y seis años y un día de inhabilitación a un policía como autor de un delito de tortura, y ha concedido a la víctima dos millones de pesetas de indemnización. Ejemplo que no es único. Ha de su-

chores (...). El art. 287 determinó que “los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán, sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de Instrucción y municipales. Mientras el artículo 286 tiene este tenor: “Cuando el Juez de Instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier Autoridad o Agente de Policía; debiendo estos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese”.

(23) Remito al estudio, en prensa, sobre el artículo 126 del Texto Fundamental, que aparecerá en los “Comentarios a la Constitución Española”, editados por Edersa, del que es autor el magistrado Dr. Enrique Ruiz Vadillo, a quien agradezco la utilización del original. En la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (BOE de 2 de julio) se regula, de manera insatisfactoria, a mi juicio, la existencia y funciones de la Policía Judicial (arts. 443 a 446). En el Informe sobre el Anteproyecto elaborado para el Consejo General del Poder Judicial por una Comisión Especial “ad hoc” de la Asociación Profesional de la Magistratura se establecía de forma más precisa, junto a la previsión de sus funciones y competencias, que la “policía Judicial será un Cuerpo Especial de la Seguridad del Estado dependiente, única, exclusiva y definitivamente tanto en lo funcional como en lo orgánico, del Poder Judicial, cualquiera que sea su sistema de ingreso y selección” (Consejo General del Poder Judicial. Boletín de Información, 1984, febrero, número extraordinario, p. 34).

brayarse asimismo el hecho de que la Audiencia de Bilbao recordara en octubre de 1984 la vigencia del art. 187, 1 del Código penal, que impone la pena de suspensión al funcionario público que deja transcurrir 24 horas sin comunicar al juez la detención de cualquier persona.

Respecto a la segunda vía, en España, por fortuna, una clara línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, acogiendo directrices emanadas por el Consejo de Europa, declara inexistente la "prueba recogida ilegalmente". En Sentencia de 28 de julio de 1981 decidió que "la sola declaración del procesado ante la policía, sin las garantías establecidas en el art. 17 (asistencia letrada), y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial", no puede considerarse base suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, en consecuencia, anuló la sentencia condenatoria. Doctrina reiterada en otras sentencias posteriores, v. gr., de 26 de julio de 1982, 3 de octubre y 29 de noviembre de 1983. En la más reciente, de 29 de noviembre de 1984 (núm. 114), el Tribunal Constitucional ha reiterado la invalidez de toda prueba obtenida en violación de los derechos fundamentales o libertades públicas reconocidos por la Constitución, aunque en el caso recurrido en amparo no decretó la nulidad. Doctrina asumida por el Tribunal Supremo.

En Sentencias, por ejemplo, de 10 de diciembre de 1983 (Aranzadi, núm. 6.190; ponente Ruiz Vadiño y "BJC", núm. 43, p. 1.358), y de 11 de octubre de 1984, este Alto Tribunal estableció que el principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24, 2 de la Constitución, supone una cobertura para el imputado en un proceso en pro de su inocencia y consiguiente absolución, que sólo puede ser destruido por la existencia de una actividad probatoria aportada al proceso con las debidas garantías pro-

cesales, entre las que se encuentran la de asistencia de letrado (24).

La cuarta, última y más eficaz esfera de protección frente a los abusos de poder por parte de la policía, corresponde a la propia *policía*. Mediante unos presupuestos que no siempre dependen de ella. El primero, quizá, mediante métodos apropiados de selección y formación del personal, al que ha de exigirse titulación universitaria, en particular la licenciatura en Derecho. Al menos para los oficiales e inspectores, puesto que con dificultad podrán proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, funciones que les atribuye la Constitución, si desconocen el contenido y límites de estas libertades y derechos. Si mi información no es errónea, hasta tiempos cercanos para el acceso a la policía no se exigía siquiera ser graduado escolar.

Quiere decirse que la policía ha de ser una policía civil. Hoy no ocurre así. La Guardia Civil depende del Ministerio del Interior a efectos operacionales y del Ministerio de la Defensa a efectos orgánicos y disciplinarios. Es, pues, un cuerpo militar que forma parte integrante del Ejército. Situación que no parece vaya a cambiar tampoco al menos en un futuro inmediato. El art. 10 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal militar establece lo siguiente: A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo uniforme, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros

(24) Véase López Requena, *Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el Derecho fundamental a la presunción de inocencia*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de enero de 1985 (suplemento), p. 8 de la separata.

de la Guardia Civil cuando, prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley. Y el art. 8º b) del Proyecto de Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatuye: "La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño de sus funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa". Mientras la Policía Nacional es hoy un cuerpo civil con estructura militar y aplicación supletoria del Código de Justicia Militar. Y, según el Proyecto, "El Cuerpo Nacional de Policía, es un Instituto Armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior".

La pregunta clave a la que se debe responder es la de si las funciones que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas son parejas o no a las que asigna a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Si a las primeras corresponde garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8); a las segundas, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104), la respuesta es obvia: los fines que a una y a otra señala la Constitución son dispares. La policía ha de configurarse, pues, como servicio público desprovisto de carácter militar (25).

(25) En el admirable informe, preparado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1984 (coordín. Zaffaroni se advierte la tendencia a una acentuada militarización de los cuerpos policiales y penitenciarios que redundan en perjuicio de su efectividad específica y que facilita su instrumentalización como aparato de represión política interna (p. 101). El 1 de octubre de 1984 un amplio grupo de

Es opinión prevalente que las Fuerzas Armadas como institución nacional no deben tener competencia en cuestiones de orden interno. La desmilitarización, por lo demás, permitiría superar los obstáculos que hoy pueden oponerse al ejercicio de derechos constitucionales, expresión, reunión, sindicación, etc. (26). Los primeros, han sido reconocidos por sentencias varias del Tribunal Supremo (9 de julio y 22 de septiembre de 1981). La sindicación de los policías ha sido reconocida, por su parte, por sentencia de la Corte europea de Derechos Humanos de 27 de octubre de 1975 y en más de una Ley de Policía de países pertenecientes a nuestro círculo de cultura. La Ley de Policía italiana de 1 de abril de 1981 reconoce, por ejemplo, taxativamente que los pertenecientes a la policía del Estado tienen derecho a asociarse en sindicatos (art. 82), aunque obviamente reconoce este derecho con algunas limitaciones, así han de estar formados, dirigidos y representados por miembros de la policía del Estado en servicio activo o en cualquier otra situación en que estén su-

personalidades de la vida intelectual y social, encabezadas por el Presidente de la Academia de la Lengua, profesor Lam Entralgo, publicaba un manifiesto intitulado "Por una policía civil". El problema se plantea, a mi juicio, no tanto respecto al Cuerpo Superior de Policía o la Policía Nacional, (en el Proyecto integrados en el Cuerpo Nacional de Policía, al cual el carácter de Instituto Armado no es consustancial, y así lo manifestaron los diferentes Grupos parlamentarios en sus enmiendas), sino en relación a la Guardia Civil, cuya pertenencia al Ejército de Tierra parece incuestionable. Agradezco al comandante de la Guardia Civil y Dr. en Derecho, Morales Villanueva, haberme hecho conocer el original de su estudio *Naturaleza de la Guardia Civil*.

(26) Es obligado manifestar que no ya sobre la Policía sino, incluso, sobre las Fuerzas Armadas la normativa, en el ámbito del Derecho comparado, es muy variada. Ampliamente permisiva en Bélgica, Holanda y Alemania (Morales Villanueva, *Derechos y libertades del militar profesional*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1984 (n. 37), pp. 89 y ss., en particular, p. 105).

jetos a las obligaciones del servicio, y han de tutelar sus intereses sin interferir en la dirección de los servicios o en las tareas operativas, sin que puedan afiliarse o tener relación de carácter organizativo con otras asociaciones sindicales, ni ejercitar el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo que, efectuadas durante el servicio, puedan perjudicar las exigencias de la tutela del orden y seguridad pública o las actividades de Policía Sindical (arts. 83 y 84). Difícilmente se puede encomendar a la Policía la función primordial de proteger los derechos y libertades y a la vez negárselos a sus miembros (27). La perduración de esta contradicción significaría mantener a los policías en una posición poco consecuente con la misión que deben cumplir. Sindicación que, de acuerdo con lo que establece el artículo 28, 1 de la Constitución, podrá tener un carácter peculiar en la Ley a que se refiere el mencionado artículo, como acaece en el Derecho comparado.

Un portillo en esa vía abrió el Decreto 3.624 de 26 de diciembre de 1977 que permitió la sindicación en el Cuerpo Superior de Policía. Y otro, el 22 de noviembre de 1984, la Resolución de la Dirección de Seguridad del Estado por la que se inscriben los Estatutos del Sindicato Unificado de Policía, y que constituye un paso notable hacia la desmilitarización de la Policía Nacional, uno de los puntos del programa socialista, paso obligado, por lo demás, si se desea homologarla con las policías europeas y americanas democráticas.

La nueva imagen de la Policía ha de ser altamente profesionalizada, puesta al servicio más que del Esta-

(27) Véanse los artículos de Modesto García, Francisco López Guerra y Miguel Sánchez Sobrino, publicados en USP, Órgano de Expresión de la Unión Sindical de Policías, Madrid, 1984 (n. 30), pp. 4 y ss.

do, del ciudadano. Ello implica la utilización de medios técnicos apropiados en función de los altos fines a cumplir; y la cuidadosa formación jurídica (antes dijimos que en el futuro sus miembros han de ser juristas) con el fin de que conozcan la ley que han de aplicar y el valor de los derechos humanos y una no menos cuidadosa formación deontológica. Ello posiblemente habría evitado últimamente algunos resultados infaustos con motivo de la utilización de armas de fuego (28), o que el nombre de España aparezca entre los Estados que infligen tortura según los Informes publicados en 1984, por Amnistía Internacional (29), es de confiar que sin merecerlo.

Es menester mencionar que tanto las Naciones Unidas, como el Consejo de Europa, han aprobado, respectivamente, un Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el 17 de diciembre de 1979, y una declaración sobre la policía,

(28) De los que se ha hecho eco toda la prensa. Sobre los límites de su uso, vid., Queralt, *Coacción directa y justificación*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, pp. 109 y ss.

(29) Amnistía Internacional, *Informe 1984*, Madrid, 1984, p. 278-281. Dos casos, en particular, los de Joaquín Olmo Balda y José María Olarra, fueron buena muestra de atentados a la integridad física de los detenidos (*op. cit.*, p. 279). En el Informe de Amnistía Internacional, dedicado expresamente a la tortura, y que lleva este título: *Tortura*, Madrid, 1984, se asegura que "durante el periodo a estudio la tortura y el maltrato de detenidos en España fueron continuos" (p. 85), y que "el Gobierno no ha realizado una investigación propia, amplia y pública" (p. 186) sobre la cuestión. En *World Human Rights Guide*, originated and compiled by Charles Humana, Londres, 1983, se manifiesta que "the human rights situation, although moderately satisfactory, is affected by government action to combat regional terrorism" (p. 210). En el Informe de Amnistía Internacional de 1985 también se manifiesta que "la tortura y los malos tratos infligidos a presos" siguieron centrando la atención de Amnistía Internacional (Fuenlabrada, 1985, p. 271).

el 8 de mayo del mismo año, de los que citamos algunos pasos.

Estos: En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la Ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura (30) u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, v. gr., estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir su violación. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código, notificarán el hecho a sus superiores y, si fuese nece-

(30) En España, el Código penal (art. 204 bis) prevé este comportamiento como un delito *sui generis*, al que se impone una pena particularmente grave. Asimismo lo repudia la Constitución Española vigente (art. 15). La prohibición tiene una larga tradición. Fue consagrada por nuestra primera Constitución, de 19 de marzo de 1812, en los siguientes términos: "No se usará nunca del tormento ni de los apremios" (art. 303).

sario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Un funcionario de policía debe ejecutar las órdenes legales formuladas reglamentariamente por su superior jerárquico: se abstendrá, sin embargo, de cumplir cualquier orden que sepa o deba saber que es ilegal.

Es un deber del funcionario de policía el rehusar participar en la búsqueda, arresto, custodia o transporte de personas buscadas, detenidas o perseguidas sin ser sospechosas de haber cometido un acto ilegal, por razón de su raza o de sus convicciones religiosas o políticas.

En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de policía debe actuar con toda la determinación necesaria sin recurrir jamás a la fuerza, más allá de la que sea razonable, para llevar a cabo un deber exigido o autorizado por la ley.

El funcionario de policía debe recibir una formación general y profesional profunda, antes y durante su servicio, así como una enseñanza apropiada en materias sociales, libertades públicas, derechos humanos, y esencialmente, en lo que concierne a la Convención europea de Derechos del Hombre.

Tengo la seguridad de que estas exigencias éticas, respetuosas de la dignidad humana, en la actualidad prevalentes, la policía española, no es el futuro, sino ya hoy, no las considera un valladar negativo que obstaculiza el cumplimiento de sus altísimas funciones, sino la servidumbre que confiere a éstas su auténtica grandeza.