

Queralt

11

COLECCIÓN
VANGUARDIA EN CIENCIAS PENALES

La detención preventiva:
Previsiones
constitucionales y legales

Joan J. Queralt



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

JOAN J. QUERALT
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

La detención preventiva: Previsiones constitucionales y legales



Primera edición, septiembre de 2009

© Joan J. Queralt

Armando Téllez Reyes
Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660
Del. Azcapotzalco, México D.F.
ubijus@gmail.com
(0155) 55564511
(0155) 53566888

ISBN: 978-607-00-1805-3

Dirección de Arte y Diseño:
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

2009

DIRECTORIO EDITORIAL

DR. MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA
Procurador General de Justicia del Distrito Federal

DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Director General del Instituto de Formación Profesional

LIC. GABRIELA GUTIÉRREZ RUZ
Directora Ejecutiva de Profesionalización y Desarrollo del Servicio
Público de Carrera del Instituto de Formación Profesional

LIC. FRANCISCO ROMÁN PÉREZ SOLIS
Director Ejecutivo de Formación, Docencia y Control Interno
del Instituto de Formación Profesional

MTRO. GERARDO FLORES ARNAUD
Director de Desarrollo Profesional y Coordinación Interinstitucional

MTRO. LUIS AZAOLA CALDERÓN
Coordinador de Investigación del Instituto de Formación Profesional

Editor Responsable:
Miguel Ontiveros Alonso

Instituto de Formación Profesional
4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.
www.ifp.pgjdf.gob.mx
ifp@pgjdf.gob.mx
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

© UBIJUS Editorial

Índice

I.	Concepto de libertad	9
II.	Concepto de seguridad.....	11
III.	Vuelta a la libertad	12
IV.	Privación sólo prevista constitucional y legalmente.....	13
	1. Alcance de la previsión normativa de privación	13
	2. Posibles restricciones de libertad.....	15
V.	Concepto de detención preventiva	19
VI.	Presupuesto de la detención preventiva: un hecho pu- nible	20
VII.	La apariencia de delito.....	21
	1. Concepto de delito.....	22
	2. El delito flagrante.....	24
VIII.	El delito presunto	28
	1. Tipo de sospecha	28
	2. La calificación del delito	29
IX.	Proporcionalidad.....	30
X.	Los requisitos previos de la detención.....	31
XI.	Duración de la detención	31
XII.	La detención para identificación	34
	1. Regulación previa	35
	2. Innovaciones de la LOPSC	35
	3. Modalidades de identificación	36
	4. La censura constitucional	38

XIII. La detención ilegal: sus manifestaciones.....	42
1. Planteamiento inicial.....	42
2. Detención ilegal por falta de sustrato material: inexistencia de hecho punible.....	44
3. Detención ilegal por vulneración de garantías constitucionales: modalidades típicas.....	57
Bibliografía	65

I. CONCEPTO DE LIBERTAD

La declaración de la primera parte del art. 17. 1 CE¹ sobre la libertad, a decir de los constitucionalistas², no ha generado especial debate doctrinal y más bien parece que se trata de una cláusula que encierra un concepto sobreentendido y/o preexisten comúnmente aceptado. Hoy día, para la doctrina iuspublicista parece claro, pese a alguna divergencia inicial³, que estamos ante un consideración de la libertad como algo meramente físico, esto es, como la capacidad personal y corporal⁴, tal como parece ser también la *communis opinio* de la jurisprudencia constitucional, siendo sus piezas sillares la escolástica STC 120/1990⁵

¹ Téngase presente, en todo momento, el art. 5 CBDH; in extenso, por todos, vid. PEDRAZ PENALVA, 1993, pp. 77 ss. y ÁLVAREZ GARCÍA/A. QUERALT JIMÉNEZ, 2005, pp. 152 ss..

² Vid., por todos, GARCÍA MORILLO, 1995, pp. 33 ss..

³ Así, FREIXES SANJUÁN, 1993, p. 82.

⁴ Análoga, pero no idénticamente, REBATO PEÑO, 2006, p. 21.

⁵ "(...) según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes), la libertad personal protegida por este precepto es la 'libertad física'. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la

-caso huelga de hambre de los GRAPO- o la temprana STEDH 8-6-1976⁶ (Caso Engel)⁷.

Ello permite, por un lado, deslindar la *libertad* del art. 17. 1 CE, en este aspecto, de la *libertad* a que hace referencia el art. 1. 1 CE, como valor superior del ordenamiento jurídico, como del resto de menciones a la libertad como derecho que se contiene en los arts. 16 y ss. CE y en el art. 124 CE.

Es evidente que *un valor no es un derecho ni una garantía*, por más que sea el código genético de la *Magna Charta*; ni, a su vez, la libertad ideológica, la de asociación o la de educación son reconducibles, por más que provengan es ese tronco común, al art. 17. 1 CE⁸. Sin embargo, podría chocar con otras manifestaciones, en apariencia igualmente físicas, de la libertad, tal como la libertad ambulatoria o de residencia,

Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones 'de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles' (o manifestaciones de la 'libertad a secas') y 'los derechos fundamentales que garantizan la libertad' pero que 'no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo'.

⁶ "En proclamant le 'droit à la liberté', le paragraphe 1 de l'article 5 (art. 5-1) vise la liberté individuelle dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne. Il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire; ainsi que l'ont relevé Gouvernement et Commission, il ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler (article 2 du Protocole no. 4) (P4-2). Celà ressort à la fois de l'emploi des termes 'privé de sa liberté', 'arrestation' et 'détention', qui figurent également aux paragraphes 2 à 5, et d'une comparaison entre l'article 5 (art. 5) et les autres dispositions normatives de la Convention et des Protocoles" (§ 58).

⁷ No parece que pueda ser definido, simplemente, como el derecho de abandonar el lugar donde se encuentre un sujeto (así, MUÑOZ, 1992, pp. 44. y RAMÍREZ/VARELA, 2008, p. 31), puesto que, como se verá, por ejemplo, en las retenciones y cacheos, el derecho a la libertad aquí contemplada también comprende el derecho de no abandonar un lugar y el de no soportar determinadas actuaciones.

⁸ Cfr. GARCÍA MURILLO, 1995, pp. 31 ss..

reconocidas en el art. 19 CE. Para evitar tal colisión habrá que considerar las libertades del art. 19 CE como una especialidad -al igual que otras libertades- del art. 17. 1 CE, especialidad que al independizarse del tronco común se juridifica y adquiere una relevancia diversa de la meramente física. Piénsese, por ejemplo, en los funcionarios que, por su estatuto legal, deben residir en determinado lugar; no tienen su libertad personal limitada, pero si, *ex lege*, la de fijación de su residencia⁹. Como veremos más abajo, el goce de la libertad que reconoce este precepto constitucional lo es ante ataques ilegales de los poderes públicos y no de los particulares. Así es; al menos, en mi opinión, carece, pues, de sentido, hablar aquí de *Drittwirkung*. Otra cosa es que, en el Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos y garantías han de ser reales y efectivos, el Estado deba preservar todos los ataques ilícitos a la libertad, también los prevenientes de los particulares. Por ello, se debe legislar, y así lo hace, en materia esencialmente penal cuando son otros ciudadanos los que ponen en jaque estos bienes jurídicos; de ahí la punición de detenciones ilegales, secuestros, agresiones sexuales de toda laya, coacciones, amenazas y delitos análogos.

II. CONCEPTO DE SEGURIDAD

Algún autor¹⁰ y alguna resolución del TC¹¹ han pretendido hallar un significado autónomo a la mención *seguridad* que acompaña al de *libertad* en el precepto que nos ocupa. Aunque no sea este tipo de obra el lugar más adecuado para polemizar al respecto, lo cierto es que, en mi opinión, estamos ante una expresión normativa más bien retórica. En efecto, por un lado, recuérdese el clima socio-político en el que se elaboró la Ley Fundamental. Los años de la transición registraron una tensión político-social en, general, bien sobrellevada;

⁹ Cfr. REBATO PEÑO, 2006, p. 22.

¹⁰ GARCÍA MORILLO, 1995, pp. 29 ss.

¹¹ STC 15/1986, caso Arenas.

la combinación de un terrorismo variopinto y pujante, la irrupción violenta del terrorismo de extrema derecha y la incertidumbre de muchos ante los esperanzadores horizontes que se abrían –y, final y felizmente, se culminaron– alumbraron lo que algunos, con acierto, denominaron la estrategia de la tensión. En este contexto la *mención a la libertad y a la seguridad* se efectúa casi como *contrapunto*, incluso como aviso subliminal frente a lo que podía pasar.

Sin embargo, junto a esta hipótesis no hay que olvidar que, nuestros códigos penales, desde 1848 y hasta el de 1995, contenían una rúbrica significativa: delitos contra la libertad y seguridad¹², agrupándose bajo esta denominación tanto las detenciones ilegales cometidas por particulares como los delitos de amenazas y coacciones. Por ello, no parece sustentar el alcance retórico de la expresión del art. 17. 1 CE sin mayores pretensiones normativas ni ulteriores posibilidades de construcción dogmática.

III. VUELTA A LA LIBERTAD

No ha de pasarse por alto, para cerrar este capítulo, que el art. 17. 1 CE es algo más que una mera declaración de principios –ello colidiría ya con el art. 1. 1 CE– y que mantiene un fondo subsidiario de aplicación de interés, que pese a ser innominado, reviste el mayor interés. Tal es el caso, de aquellas construcciones, que la jurisprudencia constitucional denomina de protección reforzada de derechos fundamentales, en los que está en juego un derecho fundamental de carácter instrumental y otro residual o referencial que no es otro que la libertad, por lo que el derecho instrumental *prima facie* afectado no es más que el vehículo por el que se lesiona el derecho fundamental a la libertad¹³, libertad que, pese a silencio de la doctrina forense no puede ser más que el contemplado en el art. 17. 1 CE.

¹² Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, 2001, pp. 73 ss.

¹³ Por ejemplo, STC 29/2008 –caso los Albertos, f. j. 7, con abundantes referencias.

IV. PRIVACIÓN SÓLO PREVISTA CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE

1. Alcance de la previsión normativa de privación

La segunda parte del primer inciso del art. 17 CE contiene una previsión esencial pues, tras la declaración genérica y retórica, tan del gusto del constitucionalismo liberal, contiene una previsión para la limitación del derecho acabado de reconocer. Que el binomio derecho/garantía aparezca en el mismo texto legal supone, desde luego, un avance y sitúa los términos de la cuestión a analizar en un plano mucho más realista.

De todos modos, esta porción de precepto constitucional dista de ser clara y, por tanto genera una serie de dudas que, pese a la magnitud del tema, no suelen haber merecido la atención de la doctrina. Así, la declaración normativa es *nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*, plantea una importante cuestión interpretativa. Admitido sin restricciones que las limitaciones a los derechos fundamentales han de venir de la mano de la Constitución, la cuestión estriba si la Ley, autónomamente puede crear limitaciones que la Constitución no prevé. En principio, de la mano del art. 53. 1 CE establece que *sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*. De ello se sigue la Ley, esto es, la norma parlamentaria, puede regular en alguna medida los derechos constitucionales. La cuestión, así, se centra en el *alcance las diversas leyes que regulan facetas del derecho a la libertad personal*, tales como la detención en sede de extranjería, para los encierros de enfermos mentales o para el arresto del quebrado.

Al margen de lo que digamos más a continuación, ha de tenerse presente cómo el TC ha interpretado la libertad física y sus posibles ingerencias públicas. Para el Alto Tribunal el principio del

agere licere del primer inciso del art. 17. 1 CE no es una previsión incondicionada, esto es, una facultad ilimitada de actuación personal del ciudadano inmune a ingerencias estatales. Así es, en primer término, de esa declaración ya tantas aludida del art. 17. 1 CE no se deriva en modo alguno un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a ejercer la libertad, ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda *incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho*¹⁴. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere*, oponible al poder estatal (y de terceros) lo será cuando, en la dimensión negativa de la manifestación en concreto el texto constitucional –o legal– establezca una determinada inmunidad ante la ingerencia¹⁵. De esta suerte, se ha podido establecer, a la vista de la regulación constitucional de los derechos a la vida y a la libertad religiosa, que la alimentación forzosa de internos era legítima en determinados casos y que, en cambio, carece de la menor justificación la ingerencia pública en materia de libertad religiosa, tal como se acordó, por ejemplo, en las SSTC 120/1990 o 101/2004, caso del policía municipal de Málaga, ambas ya citadas.

2. Posibles restricciones de libertad

A) Privaciones de libertad de previsión constitucional

La norma constitucional que comentamos no es sistemática y, seguramente, no es necesario que lo sea, pues las normas no se dictan para su estudio sino para su aplicación. Pero como el primer

¹⁴ Ex STC 120/1990, f. j. 7.

¹⁵ STC 101/2004 –caso Policía Municipal–, f. j. 3, con abundantes referencias, sintetizándolas.

apartado del art. 17. 1 CE hace referencia al resto del precepto, ha de determinarse, en primer lugar, qué privaciones de libertad legítimas prevé la propia norma. Prima facie, el art. 17 CE contiene *únicamente un supuesto* de privación de libertad, esto es, la *detención preventiva*.

Indirectamente, al instituir este precepto constitucional el *habeas corpus* en el su inciso 4, contempla otra serie de detenciones (vid infra), que no especifica, ni tampoco la ley que desarrolla este derecho (LO 6/1984). En efecto, dado que el apartado b) del art. 1 de esta norma hace referencia uno de los presupuestos de aplicación de esta garantía, esto es, para aquellos supuestos en una persona esté ilícitamente internada en cualquier establecimiento o lugar, se advierte que no es más que una cláusula general innominada. La segunda parte del art. 17. 4 CE contiene una mención a la regulación legal de la prisión provisional, privación de libertad, que da por supuesta y que tiene su más amplia regulación en el art. 24 CE. Por su parte, el párrafo 3 del art. 17 CE no hace si no especificar una serie de derechos constitucionales mínimos que adornan el status de detenido provisionalmente, es decir, de la única modalidad que reconoce el art. 17 CE¹⁶. *No resulta admisible*, como hace GARCÍA MORILLO¹⁷, sustentar el art. 5 CEDH como fuente habilitadora de amputaciones de la libertad; ello no es posible dado que, como se desprende literalmente del art. 53 CEDH, *se prohíbe expresamente una interpretación más restrictiva del derecho nacional, si ello es posible, acudiendo a tal restricción a la propia CEDH*. Podrá, en fin, ser factible para otros ordenamientos, pero para el nuestro, no.

¹⁶ De otra opinión, REBATO PEÑO, 2006, p. 42.

¹⁷ Vid. 1993, pp. 61 s.

B) Otras privaciones de libertad de previsión constitucional

El propio texto constitucional, además de la detención preventiva y, si se quiere, la prisión provisional, hace referencia a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad (art. 25. 2 CE), lo que comporta contemplar y dotar de un margo normativo fundamental la esencia del Derecho penal, es decir, la pena, que afecta limitativa la libertad física y jurídica de los ciudadanos cuando se dan las circunstancias, o lo que es lo mismo cuando se dan los tipos previstos en las leyes penales.

C) Privaciones de libertad de previsión legal

Varias son las previsiones legislativas de la pérdida de libertad, incluso momentánea. Por un lado, dentro del sistema penal/policial¹⁸ se nos ofrece la previsión de la detención para identificación prevista en la LOPSC, que estudiamos infra XII. Conviene efectuar una *precisión* para evitar malos entendidos: *no son detenciones determinadas prácticas administrativas*, legalmente previstas, de verificación de determinados estados y/o capacidades personales, especialmente los que se requieren para el ejercicio de actividades sometidas a licencias o autorizaciones administrativas; así, por ejemplo, los llamados controles preventivos de alcoholemia. Se verifica en estos y otros supuestos análogos si el sujeto mantiene las condiciones psicofísicas que le habilitan para el ejercicio de la actividad autorizada; esta actividad material, de carácter no represivo, puede, en efecto, durar un tiempo, pero ello no supone privación ilegítima alguna de libertad.

Sentado esto, desde una perspectiva de seguridad pública, no necesariamente penal, aparece la *detención o confinamiento de determi-*

¹⁸ A diferencia de lo que ocurría hasta la STC 36/1991, que forzó, primero la LO 4/1992 y, posteriormente una auténtico derecho penal de menores a medio de la LO 5/2000, las medidas impuestas a los menores ya no son medidas administrativas, como en el texto refundido de 1948, y al margen de la jurisdicción, sino que son medidas penales impuestas por el orden penal.

nados sujetos, previsto por la declaración *enfermedades* infecto-contagiosas (art. 3 LO 3/1986), las diversas modalidades de detención de *extranjeros*, tanto para expulsión, sean cuales fueren las causas como en frontera y el *arresto del quebrado*, contemplado ahora en el art. 1. 2ª LO 8/2003¹⁹. Un tercer orden de privaciones legítimas de libertad se refiere a los casos de internamientos de *enajenados* (art. 763 LEC), que, salvo en casos de urgencia, debe acontecer siempre bajo autorización judicial, tanto en cuanto al régimen de privación de libertad como a su duración, lo que supone verificaciones periódicas (art. 233 CC). En este específico contexto, pueden confluír dos intereses; por un lado, y en todo caso, el interés del sujeto a internar, pues puede representar, sin conciencia, un peligro para sí; y, por otro, no siempre se dará el de que el internable represente en peligro para el resto de la comunidad²⁰.

D) Especial referencia a las detenciones en materia de extranjería

Las detenciones que afectan a extranjeros resultan ser las más controvertidas, puesto que arrancan de un *hecho incontestable: el derecho a la libre circulación*, y, por lo tanto, el de entrada y salida de España, es un derecho del que *sólo gozan incondicionadamente los españoles y determinados extranjeros*, es decir, los comunitarios y los extracomunitarios debidamente regularizados; los extranjeros no residentes en España puede ser, mediados determinados supuestos, rechazados en frontera y retenidos en dependencias policiales ad hoc para su repatriación. La LO 4/200, en su art. 60, establece el procedimiento, pero sin límite de tiempo, imponiendo únicamente que los ciudadanos,

¹⁹ Esta institución centenaria (arts. 1333 LEC de 1881 -derogada- y 1044 Ccom de 1829 -derogado-) que la STC 178/1985, con excesiva prudencia y deferencia hacia el legislador, hubo de atemperar en su desproporcionado redactado.

²⁰ Pese a la STC 41/1997 -caso Secta CEIS- donde el TC orilló el tema, la STEDH 14-10-1999 [caso Riera y otros (sc. Secta CEIS)], estableció con nitidez la ilegitimidad del internamiento involuntario para curas (aquí desprogramación ideológico-religiosa) sin cobertura judicial.

cuya entrada les es vetada, serán retornados a su punto de origen en el *plazo más breve posible*.

En su ponderación constitucional, el TC ha verificado que la *actuación policial haya sido diligente y el retorno se haya intentado por las autoridades de modo serio*. Así, de esta suerte, nada se opuso a los tres intentos de retorno efectuados con un extranjero durante los 9 días que estuvo en Barajas²¹. Dado que, según la STC 341/1993, f. j. 6, las garantías previstas en los núms. 2 y 3 del art. 17 CE son aplicación a los detenidos a prevención, las demás detenciones no están sujetas a límites rígidos; ello, sin embargo, no quiere decir que en estas situaciones el extranjero esté privado de todos sus derechos, y menos aun, los propios de la condición humana, entre los que se cuenta el de proscribir detenciones indefinidas. Como las detenciones lo han de ser con por tiempo limitado y con las garantías legales, la *detención indefinida está proscrita*²². Con el *vaporoso límite temporal de el plazo más breve posible*, queda únicamente fijar su legitimidad ad casum, ponderadas todas y cada una de las circunstancias del hecho concreto.

Por lo que respecta a la *expulsión de extranjeros residentes en España de modo irregular o de aquellos otros que hayan cometido faltas calificadas en la LO 4/2000 (art. 54) como muy graves o algunas graves [art. 53 a), d) y f)] y que hayan sido internados en centros ad hoc para expulsión, el tiempo máximo de privación de libertad es de 40 días (art. 62. 2 LO 4/2008)*²³. La legitimidad de este periodo de tiempo se deriva de que, fijado un lapso concreto, tal fijación, como hemos visto, satisface las previsiones constitucionales del art. 17. CE, dado que, recordémoslo, *no son aplicables las garantías del art. 17. 2 CE a otras detenciones diversas de la preventiva*.

²¹ STC 179/200, f. j. 4.

²² Vid. SSTC 341/1993 -f. j. 6-, 174/1999 -f. j. 4-, 179/2000 -f. j. 2-.

²³ Periodo temporal que está en curso de ser armonizado en el ámbito de la UE al alza, ante la inexistencia de límite alguno en varios países miembros.

V. CONCEPTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Visto lo anterior y procede efectuar el oportuno deslinde de instituciones y conceptos, por lo que habrá que ofrecer una caracterización diferenciada de la detención preventiva. Así, por *detención preventiva* cabrá considerar cualquier *privación de libertad de movimientos practicada por una fuerza policial que sufre un sujeto y motivada por la presencia o sospecha a de estar implicado en un hecho punible, ya sea encerrándolo en un lugar o no dejándole salir de él o inmovilizándolo, privación de libertad de la que, por lo menos, habrá de darse cuenta al juez de instrucción competente*.

Desde el punto de vista policial y procesal, la detención preventiva es una medida *cautelar y provisional cautelar*²⁴, porque se adopta tras considerar que el detenido tiene implicaciones en la realización de un hecho delictivo y que, debido a que puede imputársele, cabe la posibilidad de que huya o no se presente ante las autoridades correspondientes cuando sea emplazado en el curso de la investigación policial o judicial, o para presentarse al correspondiente juicio. *Es provisional* porque, basada la detención por regla general en la *sospecha*, ésta puede desvanecerse en cualquier momento, ya por su confirmación, ya desapareciendo en su totalidad o por revestir el hecho o la participación del detenido en el mismo menor gravedad de la que permite, e incluso obliga, la detención. También se entiende que es provisional en el sentido de que ha de ser confirmada dentro de los plazos legales por la autoridad judicial: o lo que es lo mismo, *no es una medida definitiva*, pues este carácter sólo, para lo que aquí interesa, lo tiene la pena privativa de libertad, es decir, la pena de cárcel. La detención aquí comentada es la *que lleva a cabo la policía antes de poner a disposición de la autoridad judicial la persona o personas de los detenidos*. Hablamos, en suma, de la *detención preventiva por oposición a la detención provisional* ordenada por la autoridad

²⁴ Así, STS 16-10-1993

judicial. En ésta, la iniciativa de la actuación reside en la esfera del ordenante judicial o fiscal, corriendo únicamente por cuenta de la Policía la realización material de la detención sin, por regla general, entrar a ponderar más que cuestiones atinentes a la competencia propia y del ordenante y a la observancia de las formas en la emisión del mandamiento y a la ejecución material misma de la detención²⁵.

VI. PRESUPUESTO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA: UN HECHO PUNIBLE

En este terreno, la Constitución ha venido tanto a resituar los planteamientos tradicionales que en algunos casos pudieran haberse tenido por políticamente neutros como a confirmar lo mejor de nuestra tradición legislativa liberal. De la prescripción constitucional, dos aspectos esenciales saltan a la vista; el primero hace referencia a la *desaparición de la detención gubernativa*²⁶ y el segundo *inno-va los requisitos* con los que se adorna la detención preventiva para que ésta sea legítima y eficaz. La argumentación legal que aboga por considerar derogada la detención gubernativa ya ha sido abordada en otro lugar²⁷ y, desde luego, representa un avance significativo al garantizar un único proceso de detención, es decir, el que tiene por base la comisión de hechos punibles.

Centrada, pues, la cuestión en torno a la *detención por hechos punibles*, es decir, que deban dar lugar a la incoación de diligencias penales, *como función propia de la Policía Judicial*, ha de es-

²⁵ Como aquí, RAMÍREZ/VARELA, 2008, pp. 34. ss.

²⁶ Ello no quiere decir, tal como señala el Tribunal Constitucional, amparándose en el art. 5. 1 CEDH, que la compulsión administrativa sobre las personas para la ejecución forzosa de actos administrativos, hayan desaparecido. Al contrario, su relación viene de la mano de la Ley sectorial (extranjería, asilo, ...), y ha de ser ponderada a la luz del art. 17. 1 CE y ha de aplicarse analógicamente, especialmente en materia de plazos, el art. 17. 2 CE; así, por ejemplo, SSTC 174/1999, f. j. 4, 179/2000, f. j. 3.

²⁷ QUERALT, 1999, pp. 54 ss.

tablecerse qué se entiende por *hecho punible*²⁸; o lo que es lo mismo, *cuál es el hecho que pone en marcha*, aunque luego se frustré por las razones que fueren, el *ius puniendi* del Estado²⁹. Por tal se entienden *todas las figuras delictivas contenidas en las leyes penales*, fundamentalmente, pero no exclusivamente, en el Código Penal, y los diversos grados de responsabilidad y de elaboración criminal que se establece en aquéllas: autoría y participación, por un lado, y, por otro, consumación, frustración, tentativa y actos preparatorios punibles; dicho de otro modo: cabe la detención del inductor de un robo, aunque los autores materiales aún no hayan sido habidos o su captura resulte difícil. No por sabido resulta ocioso este recordatorio.

VII. LA APARIENCIA DE DELITO

Sentado esto, ha de verse cuál es la esencia de la detención por razón de la comisión de un delito. Nuestra venerable Ley procesal, la LECr, regula en su art. 492, en relación con el 490, los supuestos de la detención. Estos supuestos cabe agruparlos, para lo que aquí nos interesa, en dos grandes conjuntos, a saber: el grupo de supuestos en que el hecho punible no ha llegado aún a integrar una situación procesal; así, el que va a cometer un delito, el delincuente *in fraganti* —art. 490. 1º y 2º LECr—, cuando se den motivos racionalmente bastantes sobre la existencia de la comisión de un delito y la participación del que se va a detener en el mismo —art. 492. 4º LECr—, todo ello junto al grupo de supuestos en que el sujeto se halla incurso en una situación proce-

²⁸ Tras la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social por el CP de 1995, los estados peligrosos sólo puede ser declarados previa la comisión de un delito (art. 95 CP), por lo que, hasta que se acuerde por sentencia, nadie puede proceder a una detención por estar incurso en un tal estado. Hablar de un estado peligroso predelictual y practicar la detección de la persona declarada peligrosa era ya inconstitucional (SSTC 23/1986, 21 y 131/1987).

²⁹ Cfr. STS 16-10-1993.

sal (preso, conducido, huido, ciertos procesados³⁰ —arts. 490. 3º a 7º, y 492. 2º y 3º LECr). En principio, y salvo mención especial, vamos a centrarnos en el primer grupo.

1. Concepto de delito

En primer lugar, podemos concluir que de los tres apartados de que consta dicho grupo (el que tiene intención manifiesta de delinquir, el que está delinquiendo y el que es probable que haya delinquido) constituyen propiamente dos. Así es: si por el caso de “*el que va a cometer un delito*”, se entiende la inequívoca manifestación de voluntad de cometer un delito (colocar un explosivo bajo un vehículo, apuntar con un rifle a un sujeto) se equipararía esta variante a la del delito flagrante, del que no es sino un adelanto. A la vista de la construcción que de la noción de delito ha efectuado la teoría general del mismo, hay que distinguir las *siguientes fases* en el camino delictivo. Existe, en primer lugar, la fase de la concepción del delito en la *mente del sujeto*: es una fase *absolutamente impune*: así, no se puede condenar y mucho menos detener a alguien por pensar en cometer un delito. A continuación sigue otra fase en la que el sujeto pasa al terreno de la acción: toma medidas, compra materiales, calcula recorridos: son los denominados *actos preparatorios* que, por regla general, también son impunes; únicamente la conspiración, proposición y provocación para delinquir constituyen en nuestro Derecho actos preparatorios punibles, cuando así esté expresamente previsto: el resto no (arts. 17. 1 y 18. 1 I CP). En tercer lugar se llega a la *iniciación de la ejecución material* del delito (apuntar el arma, recibir en el despacho al primer cliente, dar la primera vuelta

³⁰ La mención a ciertos sujetos *procesados* que realizan los núms. 2º y 3º del art. 492 LECr ha de entenderse hoy sin contenido. Si el procesado está en libertad, salvo que se haya fugado de un establecimiento de custodia —lo cual integra otro supuesto: art. 490. 6º ó 7º LECr—, lo estará por haberlo ordenado un Juez. *Por lo tanto, no cabe ir contra ese mandato judicial* (art. 118 CE).

de manivela a la imprenta falsificadora de billetes, cebar la bomba). A continuación, o se produce la *consumación* (el delincuente obtiene el éxito más o menos aproximado a sus planes), o fracasa (la víctima no bebe el café envenenado, irrumpe la Policía en el sótano donde estaba la imprenta funcionando). Una última fase, aunque en sí misma no punible, es el *aprovechamiento* del delito (el ladrón compra con el producto del botín un collar, el conspirador obtiene el cambio de gobierno deseado). Para el Derecho penal, pues, *son punibles*, es decir, *son delito*, la tentativa (el inicio), la frustración (el fracaso) y la consumación del delito (el éxito); además, también los actos preparatorios, cuando esté específicamente previstos, consistentes en la conspiración, proposición y provocación para delinquir. Algunas de estas fases, en determinados delitos, constituyen figuras autónomas (la tenencia de útiles para la falsificación —art. 400 CP—); en otros delitos, p. ej. la rebelión —art. 472 CP—, el tipo legal no es más, de hecho, que una tentativa: la consumación no se puede castigar.

Lo dicho supone que “*el que va a cometer un delito*” (art. 490. 2 LECr) o está en fase de acto preparatorio punible o ha iniciado ya la ejecución. El delito flagrante supone estar ya cometiendo la parte central del tipo penal (golpear a la víctima, romper la cerradura). Desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal, el núm. 1 del art. 490 LECr es redundante, pues todo inicio o preparativo punible es “*delito*” a efectos penales. La razón del desdoblamiento legislativo está en que, en algunos delitos, el planteamiento del autor o la propia naturaleza del mismo tarda en desarrollarse, en llegar a su clímax; en todo caso, la configuración legal no es más que indicativa de supuestos y no creadora de categorías o realidades. Por otro lado, y también adoptando el concepto de delito elaborado por la dogmática jurídico-penal a partir de la regulación del Código Penal, ha de entenderse por “hecho” o “delito” un *comportamiento* típicamente antijurídico³¹. O lo que es lo

³¹ Así, MIR, 1973, pp. 322 s.; el mismo, 2004, p. 339; QUERALT, 1999, pp. 56 ss.

mismo: no importa que el presunto delincuente sea un loco, un menor u otro incapaz: ellos *no serán culpables*, pero el hecho *sí es antijurídico*. En *conclusión*, a los efectos del art. 490, 1.º y 2.º LECr, ha de decirse que el término *delito constituye un hecho antijurídico* penalmente, aunque el presunto autor no sea culpable. *Hecho punible antijurídico* equivale aquí, de acuerdo con el planteamiento de la doctrina jurídico-penal, a cualquier fase punible del delito desde su iniciación hasta su consumación, y sea cual fuere el grado de participación del sujeto en el hecho (autor, coautor, inductor, cooperador o cómplice, encubridor).

2. El delito flagrante

Determinados los grupos fácticos sobre los que opera la posibilidad de detención que integra más propiamente nuestro estudio, ha de señalarse aquí qué se entiende por *delito flagrante*³². Así las cosas, *recapitulando, por delito* ha de entenderse lo que acaba de exponerse: *hecho penalmente antijurídico*. Sin embargo, algo más complejo resulta la configuración conceptual de *delito flagrante* y, especialmente, las consecuencias que de una u otra configuración caben derivarse.

A) La indefinición legal

El *ordenamiento penal no ofrece un concepto material de delito flagrante*. Antes de la reforma procesal operada por la LO 7/ 1988, el art. 779 LECr contenía una alusión a dicha figura, pero a efectos estrictamente procedimentales. Ahora, tras la reforma procesal operada a medio de la LO 38/2002, el nuevo art. 795. 1 LECr retoma la dicción de la Ley de 1967 y ofrece un concepto de flagrancia a los meros efectos de determinar la puesta en marcha de los llamados juicios rápidos. Posteriormente, de modo ilegítimo, el art. 21. 2 LOPSC intentó crear un concepto de delito flagrante en el que, como consecuencia de una

³² Aquí no se puede entrar en los aspectos de la inviolabilidad de domicilio; a este respecto vid., por ejemplo, QUERALT, 1999, pp. 183 ss.

larvada pero constante pretensión de equiparación de lo policial a lo judicial, se pretenda atribuir a las fuerzas de seguridad –y no sólo a la Policía Judicial– la potestad de sustituir con su juicio y valoración el tasado y legal del Juez.

La STC 343/1991, en su f. j. 8 B) V, echó por tierra tal pretensión declarando nulo tal precepto. Para ello, situándose en la corriente más propia de la concepción histórica y sistemática de flagrancia, consideró que es *delito flagrante la situación fáctica en la que queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención*³³. Así se ha acudido a una construcción doctrinal de alcance mucho más estricto del delito testimonial, que el citado art. 21. 2 LOPSC dilataba hasta lo indecible. Desde la perspectiva constitucional, en cambio, delito flagrante es exclusivamente el que se perpetra o se acaba de perpetrar *en presencia de los agentes de policía judicial*. Ello no quiere decir, lógicamente, que sea sólo el que se cometa al alcance directo de aquéllos: *flagrancia no es más que constancia sensorial, es decir, visual, del hecho*.

En resumen:

- es delito flagrante todo el que se está cometiendo cuando los malhechores son sorprendidos (p. ej.: el acto de cobrar un cheque que se sabe falso);
- aquel que se acaba de cometer cuando se sorprende a los autores (p. ej.: los atracadores salen a todo correr del banco);
- también es delito flagrante el ya concluido, pero cuyos autores son objeto de persecución inmediata, continua y directa, es decir, mientras no les quite los ojos de encima, al igual que

³³ Prosigue la STC 343/1991, f. j. 8 B) V: 'Mediante la noción de 'delito flagrante' la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad'; vid., además, STS 4-3-1997.

en sentido similar señala el art. 553 LECr. Así los atracadores del ejemplo anterior, si son atrapados dos travesías lejos del banco tras perseguirlos; pero no, en cambio, si son reconocidos tres días después por parte de un agente: procederá la detención, pero no por ser el delito flagrante —art. 492. 4º LECr—;

es igualmente flagrante el delito detectado directamente por los policías judiciales, aunque el delincuente o delincuentes no estén al alcance directo de los agentes; así, en el ejemplo precitado, si los atracadores son vistos por una patrulla que cruza la avenida en la que está sita la sucursal bancaria por una travesía 30 metros más arriba.

B) *Consecuencia de la dilatación de la flagrancia: pérdida de la inviolabilidad domiciliaria*

Aparte de las connotaciones específicas para la detención, el delito flagrante implica una muy importante *consecuencia* en la esfera constitucional, más concretamente, en la esfera de los derechos y libertades fundamentales: la *inviolabilidad del domicilio* (art. 18.2 CE). Con independencia de lo que digamos en su momento, se plantea aquí una cuestión derivada del presente tema: la detención del delincuente *in fraganti* que ha penetrado en el *domicilio* de un tercera persona. ¿Puede legítimamente la Policía entrar en dicho domicilio si su titular se niega a ello? *La respuesta dependerá de la conexión que se establezca entre delito flagrante y domicilio.*

Si se parte de la base, que se estima correcta, de permitir e incluso obligar al sacrificio de un derecho o libertad fundamental a su titular, cuando éste incurre en una situación a él imputable o es víctima de una lesión que obligan a tal sacrificio, habrá que concluir que los casos de flagrancia *externa* no obligan al particular a sacrificar su derecho a la inviolabilidad de domicilio. *El deber de colaborar con las fuerzas policiales no puede suponer el que dicha colaboración*

implique la pérdida sistemática del derecho en cuestión. El ejercicio *legítimo de ese derecho tampoco* puede ser causa de *desobediencia o de otra ilicitud.* Y desde una perspectiva más práctica, interpretando literalmente el texto del art. 18.2 CE, la expresión “salvo en caso de flagrante delito” únicamente puede ser limitada razonablemente si nos ceñimos a la *flagrancia interna* (el titular es sujeto activo o pasivo del delito); si extendemos la habilitación a la *flagrancia externa* no se puede romper la cadena de posibles flagrancias: sería plausible, literalmente repetimos, la entrada en domicilio por un delito flagrante ocurrido a la puerta del domicilio del titular, o para facilitar la detención *desde* ese domicilio, pero no *en* ese domicilio, o para detener a un delincuente descubierto *in fraganti* pero que se escabulló días atrás o en otra ciudad o en otro país. El caso, a lo que alcanzo a ver, no ha sido resuelto por la jurisprudencia constitucional. Ahora bien, tras alguna alusión de pasada, la STC 22/1984 parecía ya exclusivamente avalar la flagrancia externa, línea en la que abunda la STC 343/1991, aunque el asunto aun no está perfilado con claridad.

Con todo y como no puede ser menos, en el caso de que la conducta del titular sea a su vez delictiva y, por cometerse en presencia de los agentes, flagrante, cabe el allanamiento lícito. Aquí la complicidad y el encubrimiento que ejerce a ciencia cierta el titular habilitan a aquéllos para entrar en su domicilio y practicar las dos detenciones (la del perseguido y la del cómplice o encubridor). Pero aquí, dado que la flagrancia es constancia visual plena, no vale la sospecha; si los agentes pueden demostrar sin ulteriores investigaciones la relación —planeada de antemano o no— entre el perseguido y el titular, su conducta será perfectamente lícita; en sentido similar, STEDH 22-10-1997, caso Erdagöz; dicho en otras palabras: se trata de que la detención tenga su origen en una *causa plausible*; así lo ha plasmado plásticamente el TEDH en un consolidado cuerpo doctrinal: SSTEDH 29-11-1988 [asunto Brogan y otros], 30-8-1990 [asunto Fox, Campbell y Hartley], 28-10-1994 [asunto Murray].

VIII. EL DELITO PRESUNTO

El otro gran núcleo de supuestos que integran la práctica de la detención preventiva hace referencia a que el agente de policía abriga "*motivos racionalmente bastantes*" (art. 492. 4º LECr) de que se ha cometido un hecho que reviste caracteres de delito y de que determinado sujeto, *al que se va a detener*, es responsable, en alguna medida legal, de ello (autor, partícipe, encubridor, en cualquiera de sus variantes). Esta es la práctica de detención preventiva estadísticamente más frecuente. No abundan los delitos flagrantes.

1. Tipo de sospecha

La detención preventiva en estos supuestos se construye como un *tipo de sospecha*. Es decir, no es necesario que el sujeto a detener haya cometido el delito que el policía le imputa. Lo *único necesario* es que el agente pueda justificar sus, como dice la ley, "*motivos racionalmente bastantes*" respecto a que el sujeto en cuestión haya cometido el delito que se le imputa. Aquí es *decisivo*, pues, el que el policía se haya hecho una *composición de lugar plausible*; si ésta es conforme con la realidad, tanto mejor; pero, si lamentablemente yerra, es algo con lo que el legislador ya ha contado: de lo contrario, no hubiera empleado la expresión entrecomillada; es más: las detenciones, salvo en caso de flagrancia, serían legalmente imposibles. Y eso es un caótico absurdo que la racionalidad tendencial del Estado de Derecho no puede abrigar ni mucho menos fomentar. En *consecuencia*, para la detención preventiva lo *decisivo* es el criterio que al *momento de ir a detener, es decir, ex ante*, se haya formado el agente, formado tras una apreciación cuidadosa de las circunstancias, y *no* la plena correspondencia con la realidad una vez ésta se ha puesto de relieve (*ex post*). Pero lo cierto, y así es exigido por la jurisprudencia, es que tal *apariencia de delito* exista (SSTS 6-10-1989, 19-2-1993, 5-6-1995), mejor dicho, sea demostrable, aunque a posteriori se con-

cluya que los indicios se han desvanecido y el comportamiento que inicialmente se presentaba como delictivo ha perdido tal carácter.

2. La calificación del delito

En cambio, sobre lo que no puede errar el policía es la presencia de un *delito* o no. El funcionario debe *conocer* cuál es el *elenco de infracciones* que se contiene en las *leyes penales*. No puede, por tanto, ni detener por un hecho que no constituya delito, es decir, que sea atípico o éste totalmente justificado, ni puede dejar de detener por hechos que sí revisten tales caracteres. En ocasiones las cosas no son tan claras, pues *no basta con conocer el elenco de infracciones* que contiene la legislación penal vigente en un momento determinado. Ha de conocerse también cuál es el *sentido* que a ciertos tipos penales otorgan los *Tribunales*; ello es especialmente significativo en materias tales como las buenas costumbres (provocación sexual, prostitución...) o el tráfico de drogas. La evolución jurisprudencial sobre lo que era antes escandaloso y ahora provocador o no y sobre la diferencia entre tenencia de estupefacientes para el propio consumo y tenencia para el tráfico son cuestiones sobre las que la Policía Judicial debe de estar perfectamente impuesta. No se trata aquí de una diferencia ocasional de opiniones entre la calificación policial y la judicial respecto a un caso concreto, sino *la pauta sistemática sobre lo que judicialmente se ha definido como delito* entre un abanico más o menos grande de posibilidades. A este respecto es ilustrativa la Circular de la FTS 1/1984 en materia de tráfico de drogas, al sintetizar la doctrina legal al respecto, doctrina que la Policía Judicial debe conocer y dominar.

IX. PROPORCIONALIDAD

Sentado lo anterior, si la detención preventiva sirve a los fines de la investigación y del aseguramiento de la persona del presunto delincuente, es decir, del esclarecimiento del delito o falta, la de-

tención debe producirse en el *momento oportuno*, del modo *menos lesivo* para el sujeto, es decir, *proporcional* y revestido de una serie de *imprescriptibles formalidades* [(arts. 17.1 CE y 520.1 LECr, 5.3 c) LOFCS)]. En cuanto a la *oportunidad*, en tanto que facultad de arbitrio de los funcionarios, nada puede decirse aquí, salvo que, en muchas ocasiones, la detención, al igual que la confesión, no son los medios de averiguación más idóneos. Ha de recordarse que, junto a esos fines, la detención preventiva sirve también de *aseguramiento* de las personas implicadas y mientras no se sientan implicadas, su no detención no ha de perjudicar necesariamente la investigación. Todo estará en función de las características que el hecho revista, y el policía, por su preparación profesional, es quien está en mejores condiciones para apreciar el momento y la procedencia de llevar a efecto la práctica de tal actividad. En todo caso, la actuación, atendidas las circunstancias del detenido y del hecho, han de serle al sujeto lo *menos gravosa posible* (art. 520.1.I LECr). Este principio de *dañosidad mínima* incluye los nocivos efectos que la detención puede tener en la reputación de las personas, que también, en la medida de lo posible, deberá ser resguardada.

En frase feliz, la doctrina alemana considera que *la detención óptima es aquella que consigue hacer que al sujeto a detener le sea imposible el ataque o la huida*. Por ello, cuando, para proceder a la detención debe recurrirse a la utilización de la fuerza, ésta ha de ser verificada de acuerdo a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del modo más estricto³⁴. Sobre este particular no podemos extendernos aquí. Digamos, de momento, que la *dignidad de la persona* [(arts. 10.1 CE y 5.3 b) LOFCS) ha de quedar a salvo en todo momento: los tratos inhumanos o degradantes, sea cual fuere o hubiere sido el comportamiento del detenido, no justifican ni violencias innecesarias ni sevicias cuando ya está inmovilizado. Ha de

³⁴ Vid. ATS 7-3-1995.

recordarse que, por su diversidad de funciones, *la actuación policial no es ni en cantidad ni en calidad un adelanto de la eventual pena* que pueda imponer el Juez al presunto delincuente. El policía no debe infligir maltrato alguno al detenido; y el *maltrato empieza cuando el recurso a la fuerza deja de ajustarse a los parámetros aludidos*³⁵.

X. LOS REQUISITOS PREVIOS DE LA DETENCIÓN

La detención tiene que ir acompañada de unas mínimas formalidades jurídicas, cuya ausencia engendraría el delito de detención ilegal (art. 167 CP), el de impedimento del ejercicio de asistencia letrada (art. 537 CP), o, en fin, el del impedimento del ejercicio de los derechos cívicos (art. 542 CP) o un procedimiento por habeas corpus (LO 6/1984). Pero, previo a ello, es necesario analizar una serie de requisitos que constitucional y legalmente adornan la juridicidad de esta diligencia policial.

XI. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

Al mismo tiempo que se observan estas formalidades imprescriptibles, ha de tenerse presente que la detención, como toda medida cautelar y provisional, es *limitada en el tiempo*. Así, la detención preventiva sólo puede durar, en períodos de normalidad institucional, *hasta 72 horas* [arts. 17.2 CE, 530 CP, 520 bis) 1 LECr]. La reiterada *doctrina constitucional sintetizada* en las ya citadas SSTC 288/2000 (-f. j. 3) y 224/2002 (-f. j. 3), según la cual la detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, en lo que aquí especialmente interesa, por su *limitación temporal*³⁶, *lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del*

³⁵ La STEDH 16-12-1997, caso Raninen, no considera que esposar a un sujeto, aunque no exista riesgo de fuga sea contraventor del art. 3 CEDH, en el sentido de suponer una tortura o un trato inhumano o degradante, dado que el interesado no pudo probar haber sufrido secuelas físicas o psíquicas.

³⁶ Así, SSTC 31/1996-f. j. 8-; 21/1997 -f. j. 4; 174/1999 -f. j. 4-; 179/2000 -f. j. 2-.

*lapso temporal más breve posible*³⁷, como así lo corrobora lo dispuesto en el art. 5.2 y 3 del CEDH y en el art. 9.3 del PIDCP, que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial.

La jurisprudencia constitucional subraya que el principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de detenciones preventivas, porque el art. 17. 2 CE no se remite a la Ley para que ésta determine los plazos legales -como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional-, sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente. E incluso los que establece son más rigurosos que los que se contienen en los instrumentos internacionales antes mencionados³⁸. El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una *mayor seguridad de los afectados* por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada³⁹.

El cómputo, claro está, se efectúa desde que se priva de libertad al sujeto, siendo indiferente el momento en que este hecho se documente⁴⁰, no siendo necesario que coincidan el tiempo de privación efectiva de libertad con el que se halle el sujeto en dependencias policiales⁴¹.

Como se desprende literalmente del texto constitucional, “la detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes

³⁷ Cfr. SSTC 199/1987 -f. j. 8-; 224/1998 -f. j. 3-.

³⁸ Vid. STC 21/1997 -f. j. 4-.

³⁹ Vid. SSTC 341/1993 -f. j. 6 a)-, 179/2000 -f. j. 2-, STC 23/2004, -f. j. 2-.

⁴⁰ Vid. SSTC 115/1987 -f. j. 1-, 206/1991 -f. j. 4-, 341/1993 -f. j. 6, A)-, 86/1996 -ff. jj. 7, 8-.

⁴¹ Vid. SSTC 86/1996, -f. j. 7, 23/2004, -f. j. 2-.

al esclarecimiento de los hechos”. Ello no implica, pues, como vulgarmente se considera, que la detención preventiva dure 72 horas. Antes al contrario, *dura como máximo 72 horas*, siempre y cuando sea *necesario* para las investigaciones en sede policial⁴². Ello supone que, si las *investigaciones pueden concluirse antes* o debieron *haberse iniciado antes* o, sea como fuere, se *dilatan injustificadamente*, estaremos en presencia de una *detención ilegal* y, por lo tanto, punible.

Ello supone que la *detención preventiva está sometida a dos tipos de términos*, uno *absoluto*, de 72 horas, y otro *relativo*, en función de las características del hecho que motiva la detención. Así, el plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto⁴³. En atención a tales plazos la vulneración del art. 17. 2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, *no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspassa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial*⁴⁴.

XII. LA DETENCIÓN PARA IDENTIFICACIÓN

Motivada en parte por cierta tolerancia política y, en menor medida, judicial y en parte ante críticas doctrinales y jurisprudenciales, una de las prácticas policiales autónomas, sin cobertura legal alguna, como era la *retención* -práctica, además, indefinida; vid. infra J.-, ha sido objeto de polémica hasta que la LOPSC intentó, incluso

⁴² Rotundamente, SSTC 115/1987 -f. j. 1-, 206/1991 -f. j. 4-, 341/1993 -f. j. 6, A)-, 31 -f. j. 8- y 86/1996 -ff. jj. 7, 8-, STS 11-10-1988.

⁴³ Así, SSTC 31/1996 -f. j. 8-, 86/1996 -f. j. 8-, 23 y 224/2004, -ff. jj. 3 y 4, respectivamente-.

⁴⁴ Así, STC 224/1998, f. j. 4.

más allá de lo permitido constitucionalmente, como puso de relieve, aunque sin la suficiente contundencia, la STC 341/1993, regular esta cuestión. En efecto, al menos en este terreno, como habrá ocasión de analizar en las líneas siguientes, se ha intentado dotar al ciudadano de una mínima seguridad jurídica y mantenerlo al abrigo de las tan peligrosas prácticas policiales que no conocen origen legal alguno. La LOPSC vino a alterar algunos de los postulados tradicionales del entendimiento liberal y democrático del difícil equilibrio entre libertad individual y seguridad colectiva, decantándose por la perspectiva policial más conservadora y menos proclive a abandonar la rutina. Como veremos, literalmente entendido el art. 20. 1. y 2. LOPSC, puede, incluso cambiar el concepto de la esfera de lo punible en Derecho penal, incluyendo el fuero interno.

Dejando de lado otras interesantísimas cuestiones, como las relativas al derecho al nombre⁴⁵, lo cierto es que, sentada la imposibilidad de detención por infracciones gubernativas⁴⁶, sólo es dable la detención por la presunta o real comisión de un hecho punible. En esta tesitura, pues, la identificación de los sujetos resulta legalmente necesaria. Con independencia de lo que se diga sobre la identifi-

⁴⁵ Recuérdese que el anterior art. 322 CP-73 –uso de nombre supuesto– ha desaparecido del nuevo CP. Además, ha desaparecido igualmente el anterior art. 571 CP-73.

⁴⁶ No se olvide que, de acuerdo al art. 20. 2 LOPSC, procede igualmente la aplicación de sus previsiones, es decir, la pérdida temporal de libertad, cuando se trate de identificar a un sujeto por haber cometido éste una infracción administrativa. Aunque no es el lugar a entrar a analizar los contornos de esta figura y su relación con otros preceptos de la LOPSC, especialmente con los arts. 1 y 19 LOPSC, obsérvese que el radio de acción del segundo párrafo del art. 20 LOPSC es inferior al del primero: la detención para identificación no es practicable en todos los supuestos en que la identificación relacionada con las funciones policiales que establece la LOPSC se vea frustrada. Además, aunque no cabe entrar aquí en la problemática de la identificación por comisión de una infracción administrativa, baste decir que no siempre será necesaria la detención, ni tan siquiera será necesario requerimiento alguno al particular: bastará con acudir a ficheros automatizados; piénsese en las infracciones de tráfico.

cación, es de interés el régimen legal de la respuesta legal ante la insuficiente identificación de un sujeto, ya sea por negarse a ello, ya sea por incomplitud de los datos o medios ofrecidos para practicar tal identificación. Solicitud de información sobre la identidad de un sujeto por parte de agentes de la Policía Judicial, puesto que la insuficiencia de identificación puede acarrear una pérdida temporal de libertad.

1. Regulación previa

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPSC, la obligación de identificarse por parte de los particulares era más que discutible, incluso con la previsión de una falta penal en el art. 571 CP 73. Sólo procedía la obligación ante cualquier funcionario público si, previamente, a medio de una ley formal, se establecía tal obligación. En todo caso, la identificación puede constituir una primera actuación policial que permitiría confirmar o disipar las sospechas que motiven la detención preventiva.

2. Innovaciones de la LOPSC

La LOPSC, sometiendo el Derecho a la razón práctica⁴⁷, trastocó la regulación anterior, pues, de lo contrario, no se habría promulgado con el coste político que conllevó. En primer término, quizás no muy consciente de que la LOPSC es una *Ley administrativa de seguridad* y no un complemento o modificación de la LECr, el legislador efectuó un diseño sui generis en el art. 20. 1 LOPSC⁴⁸ del alcance

⁴⁷ Así, PORTILLA, 1993, pp. 843 s.

⁴⁸ En efecto, de acuerdo al dicho texto, la Policía podrá requerir, 'en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y a realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda la presente Ley y la LOFCS'. Todo ello, además, sin limitación expresa de tiempo de privación de

de la identificación. Ciertamente la LOPSC, con independencia de crear la obligación legal de dotarse del documento nacional de identidad (art. 9. 2), se *contenta con la identificación del requerido para tal evento*. Y en este contexto, identificarse es mostrar una identificación o aun menos: identificarse simplemente, sea cual fuere el medio, incluso sin necesidad de exhibir documento público o privado alguno u otra prueba de identidad; por ejemplo, la declaración de un par de vecinos o acompañantes.

3. Modalidades de identificación

Salta a primera vista la compleja y escasamente elegante redacción de regulación de la identificación de desconocidos para las fuerzas policiales, función que cabe sintetizarla del modo siguiente:

Identificación en funciones de prevención

Procede la identificación, sin más, si es necesaria para las funciones de indagación y prevención que tiene encomendadas la Policía, para lo que aquí interesa, en la investigación de hechos punibles;

Identificación in situ

Procede, además, la verificación de esa identificación in situ, si la fuerza actuante está en cumplimiento de las funciones que les encomiendan el CP y la LECr;

Identificación para impedir la comisión de un delito

Si de lo que se trata es impedir la comisión de una infracción penal y la identificación resulta infructuosa, se podrá requerir al desconocido a que acompañe a los agentes a una dependencia policial próxima e idónea para estos fines, y a estos solos fines y por el tiempo

libertad, sino haciendo *referencia únicamente al tiempo estrictamente necesario*.

mínimo imprescindible. De todas estas identificaciones se llevará un libro-registro oficial, que estará a disposición de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la remisión de datos, por extracto, al Ministerio Fiscal, sin que conste su periodicidad.

Identificación perimetral

La LOPSC, en su art. 19. 2, ofrece una modalidad más de detención. Esta norma prevé la identificación de los desconocidos a la Policía que se encuentren dentro del perímetro de investigación policial, subsiguiente a la perpetración de un hecho delictivo que cause grave alarma social. La finalidad de esta norma es, sin embargo, la primigenia de la policía judicial: descubrir los delitos, detener a los presuntos culpables e intervenir los efectos, instrumentos y pruebas de aquéllos (art. 283 LECr); ello significa una duplicación normativa innecesaria. No obstante, esta función de identificación perimetral queda limitada a hechos delictivos que causen grave alarma social.

Varias son las cuestiones, empero, que aquí se suscitan. En primer término, la ley, tan minuciosa en materia de identificación, calla sobre *cuál de las especies legales contenidas* en el art. 20. 1 y 20. 2. LOPSC son de aplicación. Dado que *odiosa sunt restringenda*, habrá que concluir forzosamente que la mera declaración de identificación bastará; siendo ello, por otro lado, coherente con las "funciones de indagación o prevención" a que alude la primera modalidad de detención del art. 20. 1. LOPSC.

Tampoco queda claro qué haya que entender por grave alarma social. Ello puede tanto referirse a delitos a priori graves (un parricidio, por ejemplo) como a la perpetración en concreto de un hecho de especial relevancia (un butrón en un cámara bancaria, por ejemplo). Tampoco queda dicho en la Ley si ello se refiere a todos los hechos que quepa incluir en los tipos penales o sólo a determinadas especies de ejecuciones delictivas.

Finalmente, la Ley calla sobre el *perímetro policial dentro del cual puede efectuarse la identificación* de las personas que se encuentre en ellos o transiten por ellos, como si fueren dos hechos relevantemente diferenciables a efectos legales. Aquí la dimensión del perímetro puede tener interés por si desborda el mandato de proporcionalidad, cuando no ya el de necesidad de la adopción de tal medida. Lo que sí está claro es que tal perímetro no se limita al de la comisión del hecho, sino a cualquier lugar relevante para la detención de los culpables y la aprehensión de instrumentos, efectos o pruebas del delito. Piénsese en el acordonamiento de zonas en las que se supone se encuentra un posible responsable de la ejecución de un hecho de los que causan grave alarma social, acordonamiento que se lleva a cabo varias fechas después del descubrimiento del hecho y a muchos kilómetros de distancia del lugar de autos.

4. La censura constitucional

A) *La detención para identificación es una detención*

Como es sabido, la LOPSC sufrió, tras su entrada en vigor el embate de varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. El proceso constitucional concluyó a medio de la STC 341/1993, que ofrece aspectos de capital interés para nuestro tema. En primer término, establece que *el requerimiento de identificación emitido a un sujeto por agentes policiales no es una detención y que, por tanto, no está rodeado de las garantías constitucionales del art. 17 CE*. Y no lo está por no ser necesarias a la vista de la naturaleza de la eventual privación de libertad y del tiempo que ésta se sufre necesariamente breve. Así es, según el Alto Tribunal, en el f. j. 4 de la resolución referida, enfatiza: *estamos en presencia de una privación de libertad de las que se refiere el art. 17. 1 CE y no es comportamiento voluntario el acceder por parte del ciudadano acudir a una dependencia policial para ser identificado*. Se sigue aquí la jurisprudencia del TEDH

respecto de la voluntariedad de la detención. Así, “el derecho a la libertad es demasiado importante en la sociedad democrática, dentro del significado del Convenio, para que una persona pueda perder el beneficio de la protección del Convenio, por la simple razón que se ha ofrecido voluntariamente a ser detenida. Una detención puede violar el art. 5, incluso aunque la persona implicada estuviese de acuerdo con la misma”⁴⁹. De existir voluntariedad, no cabría hablar de privación de libertad; ello supondría hacer de mejor derecho a quien se resiste a cumplir un mandato de los agentes de la autoridad con respecto a quien cumple, de mejor o peor grado, pero cumple, la orden policial.

De esta suerte, para el Tribunal Constitucional no cabe sino afirmar que *la conducción a dependencias policiales próximas para ser identificado supone una privación de libertad que cae dentro del art. 17. 1 CE*. Las notas de tiempo y lugar abonan, pues, este entendimiento. Además, no hay que olvidar otro argumento básico: el carácter de Ley orgánica que se atribuye a esta norma por la disposición final tercera LOPSC. Estamos, en fin, en presencia de una actuación administrativa compulsiva⁵⁰.

B) *Fundamento de la detención para identificación*

Vista la normativa legal sobre la identificación y las facultades policiales para operar ante ausencia de identificación, la STC 341/1993, en su f. j. 5 II, siguiendo a la anterior STC 178/1985 -f. j. 3-, centra y limita contundentemente a tres los supuestos mencionados, partiendo de que *“la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas,*

⁴⁹ Vid. SSTEDH 18-6-1971, caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65, 27-2-1980, caso Deweer, II, 49.

⁵⁰ Así, STC 341/1993, f. j. 6 a).

supuesto en el que la gravosidad de la medida *impondría un juicio de inconstitucionalidad, por desproporcionalidad manifiesta, frente a esta previsión*". Dados los genéricos fines que, según la referida Sentencia se persiguen ("la protección de la seguridad"), "es lo cierto que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (...) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una 'infracción' administrativa".

Criterio similar ya adelantaba la STC 107/1985, f. j. 3, al considerar que la detención para controles de alcoholemia supone el sometimiento de los ciudadanos a las normas de policía y no una detención en el sentido del art. 17. CE. Contradictoriamente, dicha resolución considera que la alcoholemia, además, puede ampararse en la previsión del art. 490, 1º LECr, que es la de intentar cometer un delito o ir a cometerlo. Esta confusión conceptual veremos que es análoga a la que se sigue más abajo respecto a la identificación de indocumentados en relación con la comisión de un delito.

Ahora bien, el Alto Tribunal afirma que la mera "exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20. 1. LOPSC) nunca podrá llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20. 2.", algo que, sin embargo, parece pasar por alto la STC 86/1996, f. j. 2. Este aserto ha de ser entendido en el sentido de que *lo que nunca permitiría la detención para identificación es la desatención del requerimiento que efectúen los agentes, pues hace falta algo más: estar a punto de cometer un delito o haber cometido ya una infracción administrativa*.

C) Identificación en relación con un hecho punible

La interpretación que lleva a cabo de la LOPSC en materia de identificación anudada a la comisión de un hecho punible tiene

como punto central la *disposición actual de comisión de un tal hecho*. Esta constelación de creación jurisprudencial ad hoc resulta un tanto críptica. En efecto, detener para identificar a personas no identificadas "de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal" tiene que suponer forzosamente la detención de personas que inicien un tipo delictivo, pero que aun no lo han consumado. De este modo, tal entendimiento jurisprudencial es sinónimo a la previsión del art. 490, 1º LECr, que regula la detención del "que intentare cometer un delito, al momento de cometerlo". Esta consideración no es forzosa; sin embargo, otra más amplia pudiera resultar justificada conceptualmente, si no fuera por su inconstitucionalidad. Así es: tal ampliación de la expresión jurisprudencial de *disposición actual de comisión de un hecho punible* nos trasladaría a una fase anterior a la de la exteriorización de los hechos preparatorios punibles, lo que supone, en no poca medida, extender el ius puniendi a supuestos cuya punición no está prevista en las leyes penales, deteniendo para identificar por hechos preparatorios impunes (comprar arsénico o un cuchillo o un sello de goma, por ejemplo).

Defender esa dilatación equivale a castigar el fuero interno, que en el Derecho penal moderno es radicalmente lo mismo y está proscrito. Y tal dilatación de lo identificable en relación con la disposición a cometer un hecho punible se equipararía a la muy censurable práctica de la detención, sea para identificación o no, por hábitos de vida, lo cual fue declarado inconstitucional por el propio Tribunal Constitucional, cuando declaró no conformes con la Constitución las medidas de seguridad predelictuales⁵¹. Aceptar literalmente el planteamiento de la STC 341/1993 en este apartado sería tanto como volver al pasado.

⁵¹ Vid. SSTC 23/1986, 21 y 131/1987.

Ahora bien: si estamos, porque no puede ser de otro modo, ante una redundancia legislativa, *la detención para identificación será una detención preventiva*, puesto que no es imaginable que la única diligencia policial que efectúen los agentes al percibir que un sujeto va a cometer un delito sea la de identificarle y dejarle, una vez identificado y sin practicar ninguna otra diligencia, en libertad. Y como mínimo habrá que practicar dos actuaciones policiales: el interrogatorio del desconocido y la remisión de lo actuado al Juez. La interpretación de la STC 341/1991 lleva al punto de partida: *la detención para identificación como práctica policial autónoma carece de sentido, por que es una variante de detención preventiva*. Dicho de otro modo: los miembros de la Policía Judicial que detienen a alguien, cuya identidad desconocen, al momento de ir a cometer un hecho punible, no practican tal diligencia para establecer su identidad, sino, ante todo, para impedir la consumación de la infracción penal. *Todo ello pone en marcha el mecanismo de la detención preventiva con todas sus garantías*.

XIII. LA DETENCIÓN ILEGAL: SUS MANIFESTACIONES

¿Qué sucede si la detención es ilegal? En sede constitucional es relevante la puesta en marcha del mecanismo del habeas corpus⁵², que deja intactas las responsabilidades personales (disciplinarias y penales) y patrimoniales de los sujetos intervinientes antijurídicamente. Toca aquí plantear las cuestiones jurídico-penales derivadas de la valoración jurídica de los efectos de la detención según se haya llevado ésta a cabo.

1. Planteamiento inicial

A) *Detención inocente ≠ detención ilegal*.

Conviene insistir en un aspecto: el centro de gravedad de la detención no radica en que el detenido sea realmente el culpable o no

⁵² Vid. ponencias de

del hecho que provocó su detención; múltiples circunstancias que escapan al control del policía posibilitan o impiden que un sujeto sea declarado culpable. Dado que, como sabemos, la detención se construye como un tipo de sospecha, lo decisivo es determinar si el policía se comportó a la hora de practicar tal actuación *conforme a las reglas que prescribe el ordenamiento jurídico*: se trata de saber si tenía "*motivos racionalmente bastantes*" para actuar como actuó⁵³. Si los tenía, *con esos cumple*. Es suficiente para garantizar al funcionario su propia *seguridad* personal, jurídica y profesional.

Hay que señalar aquí que, con independencia de las acciones indemnizatorias que entable el *inocente legalmente detenido*, éstas no se podrán dirigir *nunca* contra el agente que obró lícitamente y sólo eventualmente contra los poderes públicos por la expropiación de su libertad, y sin que éstos puedan repetir contra aquél.

Lo que, en cambio, sí afecta al ciudadano es el hecho de haberse visto privado de libertad cuando no tenía relación punible con el hecho. Aunque el problema es mucho más amplio, pues abarca también el problema de la pena privativa de libertad impuesta al inocente, por ejemplo. Ha de apuntarse aquí la necesidad de prever la adecuada indemnización, partiendo del art. 294.1 LOPJ.

B) *La detención ilegal: sus manifestaciones*

Dejando de lado la cuestión de la responsabilidad disciplinaria⁵⁴ y del habeas corpus⁵⁵ como respuestas a posibles actuaciones y/o resultados no conformes a Derecho, debemos ahora enfocar la problemática de la detención ilegal jurídico-penalmente relevante. En

⁵³ Paradigmáticamente la STS 5-7-2007 (caso Bono).

⁵⁴ Vid. QUERALT, 31999, p. 116.

⁵⁵ En todo caso, el otorgamiento de un habeas corpus, si bien presupone una detención ilegal en los términos de la LO 1/1984, no comporta necesariamente ni responsabilidad penal ni disciplinario por parte de los funcionarios policiales. Vid. las ponencias de este Seminario

esencia, dos son las modalidades que se presentan. Por un lado, la detención practicada por agentes policiales carente de todo sustrato, es decir, en la que falta la mera apariencia razonable de un hecho delictivo; por otro, aparecen la detención ilegal que, basada indiciariamente en un hecho presuntamente delictivo es dilatada más allá de lo legal o de lo necesario o con vulneración de determinados derechos; y, en fin, la detención ilegal por vulneración del respeto debido a los derechos de defensa del detenido.

2. Detención ilegal por falta de sustrato material: inexistencia de hecho punible

A) Deslinde típico

El texto penal de 1995 supone un cambio radical sobre la estructura punitiva de los delitos de los funcionarios públicos contra los derechos civiles de las personas y ciudadanos, en general, y en materia de detenciones ilegales en particular. En efecto, por un lado, ha incrementando, de acuerdo a la merecida y de sobras conocida crítica doctrinal, las penas, que en su mayoría eran ridículas; de todos modos siguen sin resultar para nada acordes con la magnitud de los derechos fundamentales en juego. Por otro lado, la nueva redacción ha venido a complicar, en apariencia, la redacción estructural.

El quid de la cuestión estriba en las expresiones típicas *fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito* (art. 167 CP) concordada con la de *mediando causa por delito* del art. 530 CP. Ambos preceptos contemplan *dos acciones diversas*. Así es, pese a tratarse en los dos casos de privaciones de libertad ilegítimas y pese a ser los sujetos activos idénticos⁵⁶, el *contexto típico es diverso*: en el primer precepto se exige que no medie causa por delito y el segundo, en cambio, lo opuesto, pues, de lo contrario entraría en juego aquél.

⁵⁶ Estamos ante delitos especiales, impropio el del art. 167 CP y propio el del art. 530 CP.

Central es, pues, determinar qué *significación jurídico-penal* tiene la mencionada expresión típica *sin mediar causa por delito*. Si bien, a la vista exclusivamente del art. 167 CP pudiera entenderse que el objeto de la antijuridicidad penal de este precepto sería una detención al margen de un proceso penal -el término *causa* favorecería esa alternativa-, nada más lejos de la realidad. *Causa por delito* no alude a actuaciones procesal alguna, sino al *motivo de la detención*, esto es, a la concurrencia, racionalmente indiciaria o real, de la comisión de un hecho punible⁵⁷ que obliga⁵⁸. Varias son las razones que imponen esta solución. Así:

- El art. 530 CP presupone detención por delito, puesto que el tipo alude al tiempo máximo de detención y/o a la vulnera-

⁵⁷ Vid., por ejemplo, SSTs 27-5-2002 (detención por el reproche emitido por un ciudadano), 29-9-2003 (cantidad exigua de droga, destinada obviamente a autoconsumo, no justifica la detención), 23-3 (detención improcedente en autoría mediata), 14-4 (agentes de policía introducen en un vehículo a un extranjero, llevándolo hasta un descampado alejado de la ciudad donde le agreden) y 5-5-2005 (policías locales que ordenan a delincuente habitual subir al vehículo policial, trasladándolo a despoblado donde apalizan y le conminan a irse de la ciudad), 18-2 (agentes de policía, fuera de servicio, detienen a una persona con la que habían tenido una pelea) y 29-3 (policías, fuera de servicio, detienen a quienes previamente habían golpeado y vejado) y 3-11-2006 (detención de quien ha expulsado con anterioridad a los agentes de su local) 7-2-2007 (agente, sin realizar comprobación alguna, saca del coche a golpes a la víctima mientras la insulta, la arroja al suelo para esposarla y la abandonada en Comisaría sin obtener explicación o asistencia y abundantes referencias), con casos claros de la radical ausencia de hecho dotado de mínima apariencia delictiva: se trata de cuestiones privadas resueltas al margen del Derecho por los agentes condenados. Caso aparte merece la participación de un agente municipal en un secuestro organizado por una banda criminal, a la que solo presta sus conocimientos, pero no actúa en tal condición de agente de la autoridad (STS 6-5-2004, caso Farmacéutica de Olot).

⁵⁸ No debe olvidarse que el art. 490 LECr impone a los miembros de la Policía judicial la obligación de detener y no un derecho o una mera facultad, a diferencia de la previsión del art. 492 LECr para los particulares, para quienes la detención es facultativa. De ahí el diverso régimen jurídico-penal por la desatención de los deberes relacionados con tales modalidades de actuación, dado que a los particulares, lo único que se les puede exigir es la obligación de denunciar determinados delitos (art. 450.2 CP).

ción de otras garantías; cuando alguien fuera detenido, aun por agentes policiales por causa de delito y no fuera informado de sus derechos, el lapso de tiempo sería irrelevante, pues esa garantía constitucional no se estaría violando, sino la más primaria de la libertad ambulatoria;

- Si es de aplicación la previsión del art. 167 CP, ello significa que, aun cometido el hecho por agentes públicos, estos se comportan al margen de las previsiones legales⁵⁹, pero que, al valerse de su condición de empleados públicos ponen en jaque igualmente el Estado de Derecho, además de la libertad del ciudadano ilícitamente aprehendido.
- Finalmente, dado que la detención preventiva se inicia en la inmensa mayoría de casos fuera del proceso, es preprocesal y, por tanto, hablar de *causa por delito*, entendiendo por causa un expediente judicial ya abierto, es altamente incorrecto; se trata aquí que la detención, para incluirla en el art. 530 CP, tenga como base el hecho habilitante de la detención preventiva⁶⁰.

B) Elementos comunes: bien jurídico-penal y autoría

Así las cosas, entrará en juego el tipo de *detención común*, en la variante que sea menester⁶¹, esto es el art. 167 CP, cuando la deten-

⁵⁹ Que no pierden su condición por ejercerla mal; siguiendo una doctrina autoritaria ya superada, aun STS 10-7-2006.

⁶⁰ Sería dable, pero ello supone un excesivo retorcimiento del lenguaje, entender que *por causa de delito* sería aquella detención que, por concurrir un supuesto habilitante de la misma, vaya a acabar, dando lugar a la formación de una causa judicial. Pero, así y todo, quedaría fuera aquellas detenciones preventivas, legítimas, que en la propia sede policial ven desvirtuado la intervención delictiva del detenido en un hecho o la inexistencia del hecho; en tal caso, no se abrirían nunca unas diligencias penales y tales no son las anotaciones que deben llevarse en el Juzgado competente a tenor de las comunicaciones, como máximo diarias, de la Policía judicial (art. 295 LECr); así, por ejemplo, STS 4-3-2003.

⁶¹ Vid. los diversos tipos en QUERALT, 2007, pp. 164 ss..

ción practicada por agentes de policía judicial *carezca de todo punto del sustrato material habilitador* para practicar una detención preventiva, esto es, la apariencia indiciaria, como mínimo, de un hecho que revista los carácter de delito y, excepcionalmente, de falta⁶². Ahora bien, téngase en cuenta, que, con la nueva configuración de este delito en el CP 1995 *no cambia* lo que entiendo es un rasgo esencial y común a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargos contra los derechos cívicos: que estamos ante un *ataque al Estado de Derecho*, a la estatalidad de Derecho, como bien jurídico.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos cometidos por funcionarios públicos diversos de los que aquí nos ocupan, en los que nos ocupan se produce una singular circunstancia: la estructura del CP y una dogmática atenta ante los derechos y libertades públicas fundamentales permiten determinar que el bien jurídico protegido con la punición de los comportamientos que estudiaremos no es tanto cada una de las libertades en juego, sino *la propia existencia y consistencia del Estado de Derecho*; es decir, del Estado cuya pretensión es el respeto y fomento de las libertades con sometimiento pleno al Derecho de todos sus poderes. Cuando se produce una esucha o un registro ilegal, lo que se vulnera no es tanto (o no sólo ni principalmente) ciertos aspectos del derecho a la intimidad per-

⁶² La mera detención por faltas claras se considera delictivo por *desproporcionado*; por todas, SSTS 22-11-2004 (prolongación de la detención para efectuar gestiones innecesarias), 21-1-2005 (el agente es sabedor de que, como mucho, lo que está en juego es una falta de daños). Sin embargo, algunas han dado por buena la detención por meras alteraciones no delictivas del orden ciudadano en base al art. 19 LOPSC (así, STS 10-7-2006); no se comparte esta posición, pues si no se comete hecho antijurídicamente penalmente relevante, la detención, diligencia a prevención del proceso penal, *nace muerta por carecer de eficacia*; el que los agentes hubieran podido proceder a la detención aludiendo, razonablemente, a un hecho punible, no obsta a que los tribunales, al enjuiciar la labor policial, truequen el hecho desencadenante de la detención en delictivo cuando la fuerza actuante nunca lo consideró así.

sonal, sino que ha sido la propia noción de *Estado de Derecho* lo que ha sido violentado.

En este contexto, pues, puede sostenerse que dicha noción centra el *bien jurídico* y que el derecho o libertad violada a un particular constituye el *objeto material* sobre el que recae la acción criminal del funcionario en cuestión. Ahora bien, como no se parte de una noción abstracta del Estado de Derecho, no puede pasarse por alto el objeto que en cada tipo recibe la acción criminal. O dicho de otro modo: lo que caracteriza estos delitos no es la lesión de cada una de las libertades, sino *la funcionalidad de cada una de ellas dentro del concepto y realidad de Estado de Derecho*. No se puede negar que la quiebra del sistema se produce al cercenar o lesionar o poner en peligro, de modo ilícito, un derecho o libertad concretos; pero la diferencia entre estos delitos y los comunes que versan sobre el *mismo objeto* (la libertad personal o la intimidad domiciliaria, p. ej.) reside en la diversa *funcionalidad y sentido* del derecho o libertad en cuestión, según sea la relación pública o privada.

Por ello, el *sujeto pasivo* de este delito, más que el Estado en sí, es la *comunidad política* que ha decidido ordenarse de un modo determinado. El *particular afectado* es el *perjudicado* por el delito; aunque, por motivos prácticos de exposición, nos referimos a él también como sujeto pasivo o víctima. Favorece esta interpretación el hecho de que la mayoría de atentados contra las libertades personales tiene en el CP una doble versión: la cometida por el funcionario y la cometida por otro particular. Y, aun en aquellos casos en que pudiendo haberse dado la duplicidad, ésta no se ha producido, la peculiaridad del Derecho penal español, consistente en la existencia de un catálogo de atenuantes y agravantes que afectan a la antijuridicidad, permite construir nuevos tipos penales⁶³. Aquí la nota de autoría de funcionario, art. 167 CP, por ejemplo, implica algo más que el au-

⁶³ Lo que en su día, GIMBERANT [*Inducción y auxilio al suicidio*, en *Estudios de Derecho Penal*, 21981, pp. 223 s. (originalmente en, ADPCP, 1967 (1 y 2), pp. 193

mento de penalidad: si se produce este aumento es porque el injusto, en atención al sujeto activo, no es que sea mayor que el imputable a un particular cuando afecta a idéntico bien individual, sino que es un injusto cuantitativa y cualitativamente más grave, puesto que lo que está en juego es el propio Estado de Derecho, siendo la libertad individual concreta sobre al que recae la acción el objeto material de la misma. Lo decisivo no es el ataque a la libertad que suponen las detenciones ilegales, pues idéntico interés es lesionado por un secuestrador, por ejemplo; lo decisivo es que al poner en riesgo esa libertad, lo que se daña definitivamente es lo que la doctrina alemana ha calificado con acierto de la *estatalidad de Derecho*.

También conviene resaltar un punto en común delitos como el que nos ocupa, cuál es el de la *autoría mediata*. Ya en otro lugar me he ocupado del tema⁶⁴; valga recordar aquí simplemente que los delitos de funcionarios, sea cual sea el bien jurídico-penalmente atacado, caben perpetrarse en autoría mediata, dado que permiten sin vulneración del principio de legalidad la construcción de la infracción de un deber extrapenal, como autoría directa o mediata, según los casos, como esencia de la autoría⁶⁵.

C) La ausencia de hecho habilitante

Por un lado, y a los solos efectos de la detención preventiva, estos es preprocesal y practicada por la propia autoridad de los miembros de la policía judicial, los tipos penales exigen que la detención, para ser incluida dentro de los tipos de la detención ilegal cometida por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, deba estar motivado por causa de un delito. Así, ahora tendremos un delito de

s..], estableció para las agravantes comunes, puede despalzarse sin problema a las agravaciones específicas derivadas, por ejemplo, de la autoría.

⁶⁴ Vid. QUERALT, 2007, pp. 1060 s.

⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, 2007, pp. 127 ss. 191 ss., y 256 s., con abundante información.

detenciones ilegales stricto sensu consistente en la práctica de una *detención sin motivos materiales*⁶⁶, es decir, sin que exista ni delito flagrante ni una apariencia de delito –tener motivos racionalmente bastantes- o éste esté radicalmente ausente prima facie; tal será el caso de unos policías que, francos de servicio, detienen a unos sujetos que no les proporcionan, tal como les habían solicitado, anfetaminas para su propio uso⁶⁷. Lo mismo habrá que decir de *la detención por un hecho penalmente irrelevante* que comporta, claro está, la plena responsabilidad por la comisión de un delito de *detenciones ilegales*; así, STS 30-11-1995: detención por no colaboración del que acude voluntariamente y sin ser imputado a una dependencia policial.

Ahora bien, si *ex post se demuestra*, como ya hemos visto, la *inexistencia de infracción u otra distinta a la que motivó la inicial pérdida cautelar de libertad*, siempre que se pueda hablar de indicios bastantes, *no existirá injusto penal alguno*⁶⁸.

D) Supuestos especiales: retención, cacheo, redada

Además de lo ya dicho (supra XII, 3) sobre las detención para identificación, téngase presente la problemática que generan tanto las retenciones como el cacheo preventivo o las redadas.

a. La retención

No resulta infrecuente oír hablar de que un sujeto ha sido *retenido*. Es más, sin *ninguna base constitucional* se pretende practicar, si bien de modo ahora larvado, esta modalidad de privación de

⁶⁶ El detenido, tras pasar la noche, en los calabozos del cuartelillo, es puesto en libertad por la Policía judicial, cuando se niega a firmar las diligencias por carecer de abogado, pese a que había firmado, en blanco, la hoja de información de derechos (STS 16-10-1993); o carecer la detención del menor motivo (STS 5-6-1995); vid., además, supra n. 58.

⁶⁷ Así, STS 6-10-1986.

⁶⁸ Con rotundidad, ya la STS 19-2-1993.

libertad ambulatoria como alternativa a la detención formalmente ejecutada.

- Falta de respaldo legal

Nos hallamos ante una figura de hecho sin reconocimiento en las leyes procesales o policiales, pero que se ha ido extendiendo en algunas disposiciones de carácter político, como son los Estatutos de Autonomía, al elaborar el estatuto político-funcional de los parlamentarios regionales, y el del Defensor del Pueblo (art. 6.3 LO 3/1981). Respecto de los primeros, hay que señalar una curiosidad: todos los parlamentarios autonómicos podrían ser detenidos y retenidos; sin embargo, los de Castilla-La Mancha (art. 10. 3 EC-LM). sólo detenidos.

Dado que ni existe concepto de retención ni sobre los sujetos en que literalmente pudiera aplicarse es previsible que se aplique, entre otras cosas, por no existir razón fáctica que lo permita, estamos en presencia de motivos bastantes que abundan en el criterio de que la expresión *retención* en tales disposiciones no es más que una muestra de *imprecisión legislativa*, pero sin duda entorpecedora, aunque sin ningún valor.

Sin que nadie, evidentemente, explique cómo se puede retener legítimamente a los ciudadanos, ha de aventurarse una hipótesis que nace de la *incomodidad formal* de un acto tan material como es la detención preventiva. Pero la incomodidad no justifica la existencia de esta atípica figura. Esta postura ha quedado plenamente confirmada por el TC en sentencia 98/1986, donde se afirma: “*Debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre la detención y la libertad*”. En este terreno la STC 341/1993 sigue este mismo camino.

- *La retención es una detención ilegal*

Ahora bien, como la práctica formal de las diligencias que la detención implica puede resultar incómoda, sobre todo en la fase de las investigaciones preliminares por la falta de hechos fiables, suele arbitrarse una práctica informal que recibe el nombre de *retención*. La retención supone el ingreso en una dependencia policial sin que al retenido se le efectúe imputación alguna y sin que se ponga en marcha ni el mecanismo de comparecencia del abogado que le asista en las declaraciones preliminares ni la comunicación al Juez de las detenciones efectuadas en las últimas 24 horas. La filosofía de nuestro legislador liberal (Alonso Martínez) era —y la Constitución no autoriza otra posibilidad— la de que sólo se podía privar cautelarmente de libertad a aquellas personas de quienes cabe presumir, en base a “*motivos racionalmente bastantes*” (art. 492, 4º LECr), su intervención en un hecho punible; desde esta perspectiva, no cabe investigar a todos los ciudadanos para saber cuáles de entre ellos pueden haber cometido un delito o falta. El planteamiento aquí debatido vulnera la presunción de inocencia.

Sólo cabe detener a aquellas personas de quienes se sospecha que han tomado parte en un hecho criminal. Cualquier otra relación con el hecho que no sea la prescrita por el Código Penal queda al margen de la detención en cualquiera de sus especies lingüísticas. Así las cosas, la retención es una *detención ilegal*. En concreto, al faltar el presupuesto fáctico, es de aplicación el art. 167 CP (vid. infra § 5 G.).

- *La pérdida de la asistencia letrada*

Con la retención se vulnera doblemente la esfera jurídica fundamental del ciudadano. Por un lado, se le priva de libertad de modo ilegítimo, y de otro se tarda, pese a su pérdida de libertad, en poner en marcha el mecanismo de su defensa. No esa extraña cierta práctica de algunas policías locales de retener a los detenidos y, posteriormente, los ponerlos a disposición de la Policía gubernativa. Sea cual fuese la

interrelación existente entre las Policías estatales y las no estatales, el particular no puede ver retrasada la entrada en juego de sus derechos por temas (des)organizativos. Cupiera pensar que, como se trata de un retenido, ni se le leen sus derechos ni se convoca a Letrado alguno ni se computa plazo de ninguna clase. Y la Policía gubernativa puede entender que dicho plazo ya ha empezado a correr —¿cuándo?— y no le corresponde a ella reiterar (?) los requisitos. Ello provoca el *desamparo del ciudadano*. Evidentemente, éste podría proceder contra todos los funcionarios implicados, si no le han respetado en los modos y formas legalmente previstos sus derechos desde el mismo instante en que se le puso la primera mano encima, fuera ésta de quien fuera⁶⁹. Los eventuales desajustes de coordinación entre los diversos cuerpos policiales no deben cargarse al ciudadano.

b. *El cacheo*

Nos hallamos ante otra práctica policial que en sí misma no tiene cobertura legal y que, en sí misma, no es ilícita, siempre y cuando se inserte dentro de una práctica policial que sí tenga la debida cobertura, como es la detención preventiva, es decir, una vez practicada ésta. El cacheo se define como el reconocimiento al palpo de la superficie exterior de un sujeto, sin despojarle de sus ropas, a fin y efecto de detectar posibles objetos que porte y que, razonablemente, puedan ser de origen delictivo y/o peligrosos⁷⁰. Cuando se practica una detención es una medida no sólo necesaria, sino obligada, tanto por seguridad física de agentes y detenido, como para el buen fin de la diligencia.

⁶⁹ La jurisprudencia niega la codelinuencia en estas figuras de detenciones ilegales y asociadas, pues entiende que un agente no es garante de los desmanes de otros; así, por ejemplo, STS 28-4-2006.

⁷⁰ La STS 7-7-1995 dice que la llamada diligencia de cacheo consiste en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito; esta definición es corta en cuanto al objeto y nada dice sobre su base legal. En sentido análogo, STS 1-3-1996.

Lo que *no resulta admisible es que el cacheo se realice al margen de cualquier diligencia con cobertura legal* y que, sin embargo, pese a tal alegalidad, constituya el nacimiento de diligencias que concluyan con la condena de un sujeto. De hecho un significativo sector jurisprudencial considera el *cacheo como una diligencia policial lícita en sí misma*, dando por sobreentendido que tal facultad existe⁷¹. Esta doctrina parece partir del sobreentendido, a saber, se da por sentado la existencia, necesaria e ineludible quizás, de unas *prácticas policiales autónomas*; no obstante, reconocer esta autonomía policial, supone reconocer en la práctica que un poder del Estado genera sus propias normativas al margen de la Ley, única fuente habilitadora de competencias. (arts. 9. 1 y 3 y 103, 104 CE)⁷².

⁷¹ Así, p. ej., SSTs 15-4, 20-12-1993, 4-2-1994, 1-4-1996, 17-1-1997. Estas resoluciones, en mayor o menor medida, hacen referencia, para justificar su posición, a resoluciones del TC. Dejando de lado, la última de ellas que se remite, incorrectamente a unas providencias del TC, resoluciones que no constituyen doctrina a ningún efecto- vid. nota siguiente-, se basan en las STC 107/1995 y 22/1998 que reconocen la legitimidad constitucional de la paralización momentánea de un sujeto para practicarle el test, que no prueba, de alcoholemia. Esta diligencia está prevista en la normativa de tráfico, ahora con rango de ley. Pero, además, es una práctica de verificación administrativa de quien ostenta una licencia gubernativa –el permiso de conducir- y así saber si reúne en todo momento las aptitudes que condicionan la concesión de dicha licencia, aquí las capacidades psicofísicas para conducir un vehículo a motor. Sin embargo, el cacheo carece de cualquier base legal y la libertad de circulación, en supuesto de normalidad institucional, rige sin restricciones, salvo la comisión real o presunta de un hecho punible merecedor de detención preventiva. Y lo que, en fin, resulta censurable en esta doctrina jurisprudencial es buscar amparo donde no lo hay, recurriendo para ello a *paraiguar* dos hechos que distinto alcance y regulación legal: la *prueba gubernativa de alcoholemia* y el *cacheo policial al margen de actuaciones policial-judiciales insertas ya en unas diligencias con cobertura legal*. El ATS 7-3-1995 amplía las pérdidas de libertad no constitutivas de detención, “*sin la previa existencia de indicios de infracción*” –sic- a otros comportamientos tales como retenciones para identificación, cacheos ocasionales, controles preventivos, desplazamientos a dependencias policiales para ciertas diligencias, concluyendo con un sorprendente etc..

⁷² La base legal que ofrece la STS 1-4-96, en su f. j. 3 in fine [arts. 23 –sic- y 11.1, f) y g) LOFCS], no me parece, no ya suficiente, sino, simplemente, incorrectamente seleccionada. En efecto, se hace decir a unas normas algo que no dicen, pues tales

La jurisprudencia ha llegado a manifestar, por ejemplo, que “*como pone de relieve el hecho probado, la Guardia Civil estaba realizando un control en las inmediaciones de una discoteca con el fin de evitar y erradicar el consumo y tráfico de sustancias estupefacientes. Esta finalidad inicial habilita suficientemente a las unidades de la policía judicial para detener momentáneamente a las personas que infundieran sospechas y someterlas a un cacheo corporal*”⁷³. Desde luego ni esa ni otra finalidad no descrita por la Ley es finalidad legítima de ningún cuerpo policial. Si existe la sospecha fundada de que ciertas personas en determinado lugar trafican, como parecía ser aquí el caso, con sustancias tóxicas, lo procedente es llevar a cabo la detención preventiva de quien presente la condición razonable de sospechosos, tal como, por otra parte, es evidente que marca al Ley y se ha desarrollado ya ampliamente. Esta comprobación preventiva-policial⁷⁴ es incasable con nuestro sistema jurídico, pues no lo prevé.

Ciertamente, estamos, contra el parecer de una amplísima corriente jurisprudencial, ante una detención, por más esfuerzos que se haga para equipararla a otras diligencias de policía de seguridad como pueden ser los controles preventivos de alcoholemia; sin embargo, estos sí tienen base legal. El art. 19. 2 LOPSC, cuando hace referencia al “*control superficial de los efectos personales*”, no habla de cacheo. En

preceptos no contienen más que una generalidad (la prevención de los delitos) y el recordatorio del art. 283 LECr).

⁷³ Vid. STS 1-3-1996, resaltado añadido. Esta resolución se basa, para más inri en tres lamentables providencias del Tribunal Constitucional. Pero, con independencia de su inexistente acierto, una provincia del Tribunal Constitucional no es fuente de Derecho. Si ni tan siquiera lo son sus autos, salvo los que remiten a sentencias, por identidad del objeto ya resuelto (arts. 161 CE y 84 LOTC). Sostener lo contrario supondría, que las miles de providencias de inadmisión de recursos de amparo –como las legadas por esa doctrina legal- dictadas por el TC suponen, por ejemplo, la negación de un derecho constitucional.

⁷⁴ Así calificada por ATS 23-7-1994.

primer lugar, hace referencia a este control dentro de otro contexto, como es el de la investigación de delitos que causen grave alarma social –por tanto, no todos los delitos-. En segundo término, el citado control está en relación con los vehículos que se examine, y no de las personas a las que previamente pudiera haberse identificado.

Y ello es así, en una interpretación sistemática porque lo prohíbe expresamente, como hemos visto la STC 341/1993: la detención para identificación lo es a esos solos efectos y cualquier otra diligencia deberá dar lugar a que se practique la detención preventiva. Por lo tanto, no se puede cachear a nadie por parecer nervioso tras solicitarle la identificación⁷⁵, ni se le puede obligar a exhibir lo que lleva en sus bolsillos sin estar previamente detenido⁷⁶. En cambio, si estas prácticas se efectúan dentro de unas diligencias policiales nacidas de una detención, practicada la lectura de derechos y demás formalidades respetuosas de la legalidad, nada habrá que objetar⁷⁷. Además, no hay que olvidar que un cacheo efectuado fuera de las dependencias policiales adecuadas, por ejemplo practicado en la vía pública –como se ha visto alguna vez por televisión- y/o practicado por personal masculino en mujeres, es atentatorio contra la intimidad⁷⁸. En cambio, no parece sufrir la lesión la intimidad si el cacheo, aun no llevado a cabo en sede policial adecuada, se practica en el domicilio del detenido⁷⁹.

c. Las redadas

Otra práctica policial que en nuestro Derecho no encuentra asidero legal es el de las *redadas* o *razzias*. Y no encuentra asidero

⁷⁵ Vid. ATS 24-2-1996.

⁷⁶ Vid. STS 24-5-1996.

⁷⁷ Así, AATS 12-7, 2-11-1995.

⁷⁸ En contra, STS 11-10-1996.

⁷⁹ Vid. STS 27-9-1996

legal porque son *contrarias a la presunción de inocencia*. Aunque resulte reiterativo, ha de volver a repetirse: la detención preventiva de un sujeto responde a la *sospecha* racional bastante de que se ha cometido un delito y de que dicho sujeto está, en alguna de las condiciones que la Ley penal establece, vinculado a ese hecho delictivo. Es decir, se detiene para confirmar la sospecha y no para saber quiénes han *podido cometer un delito o si realmente han cometido uno*.

Falla radicalmente y por su base el hecho habilitador de la detención: la sospecha más o menos cabal de que un sujeto determinado es responsable de un delito concreto. La detención significa, valga la expresión, ir a tiro hecho; la *razzia*, ir a ver qué sale. En un Estado de Derecho la libertad de sus ciudadanos es pilar sobre el que se asienta la vida pública democrática; por ello, para cercenar la libertad personal aunque sea temporalmente y aunque sea para asegurar la paz social, se requiere de todo punto un *hecho concreto que provoque la sospecha concreta sobre un individuo concreto*. Más allá, queda socavada la propia paz social que se pretende defender.

3. Detención ilegal por vulneración de garantías constitucionales: modalidades típicas

El art. 530 CP ofrece dos modalidades delictivas, que equipara, con razón, en antijuridicidad, aunque con una poco satisfactoria y nada justificada benignidad con respecto de las infracciones del art. 167 CP. Por lado, se nos presenta la *extralimitación temporal* de la detención; por otro, la *vulneración de garantías del detenido* durante la detención.

A) Extralimitación temporal

La primera modalidad, la de la *extralimitación*, supone dejar de cumplir los plazos legales en materia de detención preventiva, es decir, *demorar la detención*, aun dentro de las 72 horas, *más allá*

de lo necesario o **prolongarla** más allá de las 72 horas⁸⁰ o incumplir los *plazos especiales en la lucha antiterrorista*, aplicarlos sin ser pertinentes⁸¹ o en supuesto de defensa excepcional del Estado⁸² comportará este delito. Constituyen claras manifestaciones del delito de

⁸⁰ Sobre la problemática de la eventual limitación de apertura de los Juzgados de Guardia, lo cual pudiera redundar en perjuicio de la salvaguarda del derecho fundamental a la libertad, el Consejo General del Poder Judicial (9-3-1988), a petición de la Audiencia Provincial de Ávila, incluyó el apartado 5 en "consultas relativas al Acuerdo del Pleno del Consejo, de fecha 9 de septiembre de 1987, sobre horario", y con el siguiente tenor literal:

"5. Presentación de atestados y detenidos ante el Juzgado de Guardia.

Se trata por separado este específico tema que plantea la Audiencia provincial de Ávila por su peculiar naturaleza y trascendencia. A raíz de la promulgación del acuerdo sobre horarios el señor Juez de Instrucción único de Ávila dirigió una comunicación a la respectiva Comandancia de la Guardia Civil en la que se indicaba que la presentación de atestados y detenidos habría de verificarse necesariamente con anterioridad a las catorce horas los días laborables, a las doce horas los sábados y entre once y treinta horas, los domingos y festivos. Esta peculiar decisión no responde sino a una errónea interpretación del sentido y alcance del acuerdo de 9 de septiembre de 1987 y a una lamentable confusión entre lo que es el horario normal de oficina y el atendimento al servicio de guardia. Basta a tales fines considerar la redacción de los artículos 1.2 y 5.2 de dicho acuerdo para poner de manifiesto la sinrazón de lo dispuesto por el Juez de referencia que incluso afecta a lo que previene el artículo 17.2 de la Constitución Española, en cuanto que implícitamente proscribiera cualquier dilación infundada de la detención. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 528 LECr, en cuanto que obliga a todas las autoridades intervinientes en el proceso a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de inculpados o procesados." (resaltados añadidos).

Por ello, no se apreció el delito de detenciones ilegales, porque, transcurrido el plazo legal, no pudo ponerse a disposición judicial al detenido por no hallar al Juez de Guardia (STS 7-10-1994). En este supuesto no consta que se haya abierto ni tan siquiera unas diligencias informativas para determinar por qué no estaba accesible el Juez de Guardia, en una población donde hay más de 4 Juzgados y declarando los agentes que las dificultades para entrar detenidos los fines de semana eran constantes.

⁸¹ Arts. 17. 2 CE y 520 bis LECr. Con acierto, la STS 25-6-1990 (caso El Nani) efectuaba una interpretación estricta de estos requisitos, negando su concurrencia al caso.

⁸² Arts. 55. 1 y 116 CE y 16, 32. 3 LOAES.

detenciones ilegales por extralimitación en la duración de la pérdida injustificada de libertad del sujeto, detener a alguien por embriaguez y mantenerlo detenido por espacio de 48 horas, cuando el sujeto ha manifestado su deseo de declarar ante el Juez⁸³; recuérdese, además, art. 5. 3. c) LOFCS.

En todo caso, prolongar más allá del *tiempo imprescindible* una *detención para identificación*, constituirá, desde el momento en que tal periodo tan vaporoso se sobrepase, una *detención ilegal* en toda regla, puesto que la razón de la detención no ha sido un delito (se hubiera, entonces procedido a una detención preventiva), sino una detención ante una identificación infructuosa, relacionada tal identificación con la posible comisión de un delito o infracción administrativa.

En suma, la detención preventiva sólo puede durar, en períodos de normalidad institucional, *hasta 72 horas* [arts. 17.2 CE, 530 CP, 520 bis) 1 LECr]. El *cómputo*, claro está, se efectúa desde que se priva de libertad al sujeto, siendo *indiferente el momento en que este hecho se documente*⁸⁴. Como se desprende literalmente del texto constitucional, "la detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos", ello no implica, cupiera considerar a un lector frívolo, que la detención preventiva dure 72 horas. Antes al contrario, *dura como máximo 72 horas*, siempre y cuando sea *necesario* para las investigaciones en sede policial⁸⁵. Ello supone que, si las *investigaciones pueden concluirse antes* o debieron haberse iniciado antes o, sea como fuere, se *dilatan injustificadamen-*

⁸³ Vid. STS 8-2-1994.

⁸⁴ Así, SSTC 115/1987 -f. j. 1-, 206/1991 -f. j. 4-, 341/1993 -f. j. 6, A)-, 86/1996 -ff. jj. 7, 8.-.

⁸⁵ Vid., ya como doctrina absolutamente consolidada desde SSTC 115/1987 -f. j. 1-, 206/1991 -f. j. 4-, 341/1993 -f. j. 6, A)-, 31 -f. j. 8- y 86/1996 -ff. jj. 7, 8.-, STS 11.10.1988.

te, estaremos en presencia de una *detención ilegal* y, por lo tanto, punible⁸⁶.

A diferencia del delito de detenciones ilegales por vulneración de garantías, la infracción que nos ocupa *sólo puede ser cometida dolosamente*, por lo que los errores, incluso groseros de apreciación serán en este contexto atípicas, pues no se ha establecido una punición ad hoc de ninguna modalidad de imprudencia⁸⁷. Otra cuestión es que lo que los inculpados quieran hacer pasar como error constituya en realidad *dolo eventual*, lo que mantiene perfectamente la punibilidad del hecho, dado que seguiríamos en presencia de un delito doloso.

B) Vulneración de derechos del detenido

En segundo lugar, el art. 530 contempla otra alternativa típica: *la vulneración de otros derechos del detenido*. Sin embargo, a la vista del art. 537 CP *no es fácil ver qué derechos del detenido*, fuera de la privación o impedimento de la asistencia letrada y del derecho a ser informado de los motivos de la detención, puedan caber en esta alternativa típica. Ello es aun más complejo, si nos percatamos de que los tipos punibles del art. 530 CP van acompañados de una pena sensiblemente más grave que la de la prevista en el art. 537 CP⁸⁸. No deja de llamar la atención que *derecho de defensa*, en sede policial tenga tan tenue protección jurídico-penal.

Con todo, habrá que efectuar un repaso a los derechos, constitucionales y legales, de los que goza el detenido y ver cómo su vulneración cabe incluirla en el delito que ahora analizamos. Así, los

⁸⁶ Así, también, la mal llamada jurisprudencia menor; vid. SAP Barcelona (2ª) 3-11-1998.

⁸⁷ Vid. STS 29-3-2004.

⁸⁸ Pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años (art. 530 CP) y pena de multa de cuatro a 10 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años (art. 537 CP).

derechos constitucionales son los siguientes: derecho a ser informado de los motivos de la detención, derecho a la lectura de derechos, derecho a no permanecer callado, derecho a no ser obligado a declarar, derecho a la integridad física⁸⁹, derecho a la asistencia letrada, derecho a la entrevista reservada al final de la diligencia de interrogatorio, todo ello con el derecho al intérprete si el sujeto dijere no entender el castellano⁹⁰; como derechos legales, figura el derecho a comunicar la detención a una tercera persona, derecho a reconocimiento médico oficial, derecho de los extranjeros que se ponga en conocimiento de la representación consular el hecho de la detención⁹¹; caso de ser menores, se comunicará obligatoriamente al tutor de derecho o de hecho y, en todo caso, al Ministerio fiscal y, si fuere extranjero, se comunicará a su consulado.

Pues bien, sin entrar en el desarrollo de cada uno de estos derechos, lo que desbordaría el marco de las presentes líneas, cualquier vulneración de uno de estos derechos, ya sea constitucionales o legales, salvo los relativos a la asistencia letrada, integra el delito grave del art. 530, al margen de la mayor o menor entidad del derecho o garantía en cuestión. Esta *solución* forzosa ope legis, es claramente *insatisfactoria*, por que *diluye el derecho fundamental del detenido junto al del tiempo máximo, relativo y absoluto, de detención y el de la integridad física*. En efecto, configurada la asistencia letrada, en sede constitucional, como una doble garantía, por un lado, del derecho

⁸⁹ Via el art. 5. 3 b) LOFCS y del entendimiento constitucional de la asistencia letrada (vid. Infra n. 65).

⁹⁰ Ya sea por tratarse de un impedido sensorial (STC 30/1989) ya sea por tratarse de aquellos sujetos que, aun siendo españoles, no entiendan el castellano (STC 74/1987), pues la regulación constitucional y los arts. 6. 3. e) CEDH y 14. 3. f) PIDCP no contienen restricción alguna por pertenecer a áreas geográficas o nacionales (STC 181/1994); en suma, el *derecho al intérprete*, como reconocen estas sentencias y otra anterior (SSTC 5/1984, 60/1988), *forma parte del derecho a no sufrir indefensión y del de defensa*.

⁹¹ Vid. art. 36. 1. b) y c) Convención de Viena sobre relaciones consulares.

de defensa como, por otro, de la integridad física⁹², el impedimento del ejercicio de la asistencia letrada, ya sea abiertamente o forzando su renuncia⁹³ (art. 537 CP), pudiera ser el indicio de la comisión de otros delitos, no necesariamente más graves, como ataques a la integridad física y moral del detenido.

Si a todo ello añadimos el castigo por la vulneración por imprudencia grave⁹⁴ de las garantías del detenido que contempla el art. 530, el panorama normativo de la protección jurídico-penal del detenido, en un momento de máxima fragilidad física y jurídica, es todo menos satisfactorio⁹⁵. Considerar que caen dentro de esta modalidad de imprudencia grave la prolongación indebida de la detención más allá de las 72 horas de la detención para realizar gestiones de comprobación de datos facilitados por la detenida, comprobaciones no estrictamente necesarias, no parece de recibo⁹⁶; *en atención al límite temporal sólo cabe considerar imprudencia un cómputo deficiente.*

⁹² Claramente, desde STC 196/1987, seguida por STC 252/1994. En palabras de la STS 19-12-1996: "el Letrado, que no se olvide, actúa precisamente como filtro garantizador de la legitimidad constitucional".

⁹³ Excepción hecha, como sabemos, de los delitos contra la seguridad del de tráfico (art. 520. 5 LECr).

⁹⁴ STS 22-11-2004.

⁹⁵ Una muestra: se ha considerado que no incurría en violación de las garantías del art. 530 CP el funcionario que ha leído os derechos al detenido, pero que no ha practicado la detención (STS 29-6-2004); resulta conceptualmente difícil de alcanzar que se puedan leer correctamente los derechos a alguien ilegalmente detenido, considerando que su actuación se desliza de la precedente del compañero.

⁹⁶ Así, STS 22-11-2004.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./QUERALT JIMÉNEZ, A. *El derecho a la libertad y seguridad y sus sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)*, en La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA ROCA/SANTAOLAYA, coords.), Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autorría*, Valencia 2007.
- FREIXES SANJUÁN, M. T. *Reflexiones sobre la interpretación constitucional de la libertad personal*, en Revista Vasca de Administración pública (35), 1983.
- GARCÍA MORILLO, J. *El derecho a la libertad personal*, Valencia, 1995.
- MIR PUIG, S. *Los términos "delito" y "falta" en el Código penal*, en ADPCP, 1973.
- el mismo, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2004.
- MIRAT HERNÁNDEZ, M. P. *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código penal)*, Madrid, 2001.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El delito de detención*, Madrid, 1992.
- PEDRAZ PENALVA, E. *El derecho a la libertad y seguridad (Art. 5 del CEDH)*, en La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, 1993.
- PORTILLA CONTRERAS, J. "Desprotección" de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la seguridad ciudadana, en Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corchera, Madrid, 1993
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Introducción a la Policía Judicial*, Barcelona, 1999.
- el mismo, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2007.

RAMÍREZ ORTÍZ, J. L./VARELA CASTEJÓN, X. *Doce tesis en materia de detención policial preprocesal*, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* (62), 2008.

REBATO PEÑO, M. E. *La detención desde la Constitución*, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, *La detención*, Madrid, 1987.

ABREVIATURAS:

CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CEDH	Convención Europea de Derecho del Hombre
CP	Código penal
f. j.	Fundamento jurídico
FGE/FTS	Fiscalía General del Estado/del Tribunal Supremo
L	Ley
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
LECr	Ley de enjuiciamiento criminal
LO	Ley orgánica
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad
LOPSC	Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos

Bibliografía

S	Sentencia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de derechos Humanos
TS	Tribunal supremo

LA DETENCIÓN PREVENTIVA: PREVISIONES
CONSTITUCIONALES Y LEGALES

JOAN J. QUERALT

se terminó de imprimir en Septiembre de 2009
en los talleres de Diseño e Impresos Sandoval

Tel.: 5793-4152, 5793-7224

la edición consta de 1000 ejemplares
más sobrantes para reposición.

Palmas de Gran Canaria (1991-1995), ha sido miembro de la Junta de Facultad de dicha Universidad y miembro nato o electivo del Consejo de Departamento del Departamento de Derecho penal y Ciencias penales de la UB (desde 1995). Ha sido miembro del Consejo de Estudios de Graduado en Criminología de la UB (2000 a 2003). En la actualidad es miembro del Consejo de Estudios Superiores de la Seguridad de la UB (desde 2003), habiendo resultado elegido en mayo de 2008 como Jefe de Estudios de los Estudios Criminológicos y de la Política Criminal de la UB. Además, es el responsable de la página web del Departamento de Derecho penal y Ciencias penales de la UB: <http://www.ub.edu/dpenal/> (desde 2003). Desde 2007 es miembro del CEIC del Hospital Universitario de Bellvitge.

Ha publicado varios libros de Derecho penal, entre ellos, La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación (1986), Derecho penal español. Parte especial, Introducción a la Policía Judicial, La asistencia letrada al detenido, El *non bis in idem* (1992).

Ha participado como ponente en Congresos y Seminarios españoles e internacionales y dictado conferencias en universidades e instituciones jurídicas y políticas de España, Francia, Alemania, México, Argentina, Brasil, Paraguay, Colombia, Uruguay. Colabora como experto en temas de su especialidad con la Unión Europea en diversos ámbitos. Ha participado en el Programa Goethe de intercambio de profesores universitarios europeos (Barcelona/Lyon III/Frankfurt). En su labor de extensión universitaria es, además, colaborador habitual de medios de comunicación como EL PAÍS, EL PERIÓDICO DE CATALUNYA, CINCO DÍAS, TV-3 y otros medios.