

LA DETENCION DEL INDOCUMENTADO

Juan José López Ortega

Magistrado. Letrado del Tribunal Constitucional.



UNA de las cuestiones que más controversia han suscitado en el seno de la opinión pública durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana es la detención del indocumentado, objeto de este primer Seminario sobre el tema Derechos Fundamentales y Proceso.

La nueva ley ha introducido en su regulación dos importantes *novedades*:

a) El artículo 19.2 habilita a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para establecer *controles* en lugares públicos y proceder a la identificación de personas, al registro de vehículos y al control superficial de efectos personales, con el fin de descubrir y detener a los partícipes de un hecho delictivo, que cause grave alarma social, y recoger los instrumentos, efectos o pruebas del mismo.

b) El artículo 20 asimismo les autoriza en el ejercicio de las funciones de prevención, que les encomienda la Ley de Fuerzas y Leyes de Seguridad del

Estado, para *identificar* a personas y, además, permite proceder a su detención, siempre que se trate de un sospechoso de haber cometido un delito.

En el origen de esta reforma, sin duda alguna está, presente una reivindicación tradicional del aparato policial, que ha venido reclamando un mecanismo jurídico que le permitiese detener a un ciudadano por un breve plazo de tiempo, en el que realizar las diligencias preliminares de comprobación de identidad; en la práctica policial se ha desarrollado a través de la denominada *retención policial*, que no obstante su denominación integraba un claro supuesto de detención arbitraria, en cuanto que tendía a eludir los derechos y las garantías establecidos para la detención preventiva.

El Tribunal Constitucional en su *sentencia 98/1986* tuvo que pronunciarse sobre su carácter de detención preventiva y establecer que se beneficiaba del conjunto de garantías establecido en el artículo 520 de la LECRIM y del recurso de *habeas corpus*, al considerar como detención “cualquier situación en que la persona se 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 marco de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, *sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad*, y que siendo admisible teóricamente, la detención puede producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”.

Esta concepción amplia de la detención, comprensiva de todos los supuestos de restricción de la libertad personal, está también presente en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; en la sentencia de 6 de octubre de 1980, *caso Guzzardi*, se establece que “entre privación y restricción de la libertad no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia”. Y en el *caso Engel* se ha establecido que la circunstancia de que la privación de libertad sea de muy corta duración es inoperante.

Por su parte, *la Comisión* tiene declarado que la garantía del artículo 5 de la Convención se aplica igualmente a una privación de libertad de corta duración, como sucede por ejemplo cuando una persona es conducida por la Policía a un centro médico para efectuar una extracción de sangre en el curso de una investigación de alcoholemia (DR. 18, p. 154).

En realidad, el problema que nos ocupa, la detención del indocumentado, hay que situarlo en un marco muy preciso, *la legislación excepcional o de emergencia* que se ha ido extendiendo en el Derecho comparado a países como Alemania, Italia o Francia. En Alemania se regula la detención con la finalidad de realizar la identificación del sospechoso; en Italia se ha instituido-

nalizado la figura del acompañamiento judicial y en Francia se admite la detención por la policía administrativa por un plazo máximo de diez horas con la exclusiva finalidad de proceder a la identificación personal.

Por lo que se refiere a España, la adecuación constitucional de la detención del indocumentado se plantea en relación con el alcance de las limitaciones al *principio de la inviolabilidad personal* consagrado en el artículo 17.1 CE: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad." La detención realizada con la exclusiva finalidad de investigar la identidad de un ciudadano presenta la particularidad de que no impone necesariamente la presencia de indicios de criminalidad en el detenido, sino la existencia de una simple sospecha, basada en la presencia del sospechoso en un determinado lugar o en sus circunstancias personales (edad, raza, sexo, apariencia, etc.).

Hay que reconocer que aun cuando en la *detención preventiva*, la injerencia en la esfera de libertad privada sólo puede sustentarse en la *presunción de criminalidad* del sujeto al que se priva de libertad (en este sentido el artículo 492.4 de la LECRIM exige "que la autoridad o agente tengan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho, siempre que tenga también motivos suficientes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él"), existen otros supuestos de detención que no se basan en aquella presunción de criminalidad. Así pues, se trata de decidir si nuestra Constitución admite la inclusión de este último supuesto.

A este respecto existe una opinión doctrinal que admite la detención únicamente en los casos en que pueda imputarse un hecho delictivo. Pero no se puede desconocer que nuestro Ordenamiento admite otras clases de detención, diferentes de la detención cautelar o preventiva, que se fundan en otros principios diferentes de la sospecha del hecho. Este es el caso de la *detención del extranjero* para asegurar la medida administrativa de expulsión (LO 7/1985, de 1 de julio) o en los supuestos de extradición (Ley de Extradición Pasiva 4/1985, de 21 de marzo), la detención de *menores* (Decreto de 11 de junio de 1948), la detención de los *enajenados* (artículos 8.1 del Código Penal y 211 del Código Civil), la detención de *enfermos contagiosos* (Ley 25 de noviembre de 1944) o el arresto del *quebrado* (art. 1.333 de la LEC y 1.044 del Código de Comercio).

De la misma forma que sucede con el resto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, *la libertad personal tampoco se concibe como un derecho absoluto*. El artículo 17.1 CE lo reconoce implícitamente al establecer que "nadie podrá 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". Sin embargo, el artículo 17 no contiene una enumeración de los supuestos ni de los requisitos necesarios para llevar a efecto la detención, sino que se limita a consagrar un *principio de reserva legal*, que puede integrarse en forma indirecta por remisión a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE), que delimitan su contenido esencial.

De entre ellos destaca el *artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que contiene una enumeración detallada de los supuestos con valor limitativo, en cuanto que solamente admite la privación de libertad en seis casos expresamente detallados: 1) cumplimiento de una pena o medida de seguridad impuesta por una autoridad judicial competente; 2) aseguramiento de comparecencia ante una autoridad judicial competente o cumplimiento de una obligación establecida por la ley; 3) exigencias derivadas de la educación de un menor; 4) prevención de contagios y enfermedades; 5) medidas para evitar la entrada ilegal en el territorio español o para asegurar la efectividad de las extradiciones y expulsiones del territorio español que se acuerden en la forma establecida legalmente; 6) corrección de faltas militares.

Por lo tanto, una de las modalidades de privación de libertad se contrae a la *ejecución de una obligación establecida* por la ley, en cuyo ámbito la Comisión Europea de Derechos Humanos ha residenciado la justificación de las detenciones producidas con ocasión de la realización de los llamados *controles de identidad*. Sin embargo, el contenido de este motivo de privación de libertad ha suscitado interesantes cuestiones de interpretación. En primer término, el Tribunal y la Comisión exigen que la obligación prescrita por la ley sea *suficientemente precisa*; a este respecto se ha rechazado una interpretación amplia, que serviría para autorizar una detención administrativa para compeler a un ciudadano a cumplir las obligaciones generales derivadas del Derecho Penal (*vid.* casos Engel, Guzzardi y Ciulla). Es decir, ha de tratarse en todo caso de una obligación específica y concreta.

Además, la Comisión ha desarrollado esta fórmula, estableciendo los siguientes requisitos:

- a) Que el interesado esté sujeto por una obligación específica y concreta compatible con la Convención.
- b) Que esta obligación resulte inejecutada por una voluntad deliberada o por una negligencia.
- c) Que normalmente el interesado haya tenido la posibilidad de cumplir la obligación.

d) Que las circunstancias sean tales que no exista, independientemente de la detención, ningún otro medio que garantice la ejecución de la obligación.

No obstante, la propia Comisión ha introducido matizaciones a esta regla general, estableciendo que puede haber otras condiciones limitativas de carácter imperativo que justifiquen la detención para garantizar la ejecución de una obligación impuesta por la ley.

En tres ocasiones ha recurrido la Comisión Europea a este motivo de privación de libertad, a propósito de los *supuestos de control de identidad*. En el caso *Mc. Weig c. Reino Unido* (R. 8022/77, 8025/77 y 8027/77; Rapport 18-3-1981; DR 25, p. 15) se trataba de una detención administrativa de cuarenta y cinco horas impuesta a los demandantes para controlar su identidad en aplicación de la ley inglesa de 1976 de lucha contra el terrorismo. La Comisión ha justificado el carácter “concreto y específico” de la obligación de someterse a los controles por la “consideración de que esta obligación concreta no surge más que en circunstancias limitadas, al traspasar un puesto fronterizo. Además, el control tiene un fin limitado y persigue un objetivo de importancia pública evidente, en un momento en el que el terrorismo organizado constituye una amenaza pesada y continua”. Esta doctrina se reitera en el caso *W. Harkin c. Reino Unido* (R. 11539/85, Dec. 12-7-1986; DR 48, p. 237).

En el caso *B c. Francia* (R. 10179/82, Dec. 13-5-1987; DR. 52, p. 118), la demandante había sido detenida en dos ocasiones al realizarse sendos controles de identidad, que tenían por finalidad luchar contra la prostitución; fue conducida a la comisaría donde permaneció cuatro horas en una ocasión y una hora en la segunda. En este caso la Comisión consideró que “la obligación de justificar su identidad en las condiciones prescritas... es una obligación establecida por la ley en el sentido del artículo 5.1, b), de la Convención. La necesidad de la ejecución inmediata de la obligación impuesta por la ley a la demandante y la breve duración de las retenciones de la demandante en la comisaría permite concluir que ha sido respetado el justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la ejecución de esta obligación y el derecho a la libertad”.

En el caso *Mc. Weig*, la Comisión también había señalado que era preciso establecer un *equilibrio entre la necesidad en una sociedad democrática de garantizar la ejecución inmediata de la obligación de que se trate y la importancia del derecho a la libertad*, a cuyo efecto es decisivo considerar la duración de la detención.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con la detención preventiva, que tiene carácter reglado, en cuanto que se vincula a la comisión de un delito, la detención administrativa o gubernativa está expuesta a un *margen mayor de apreciación policial*. Pero aun dentro de su amplitud, es preciso que la detención se encuentre racional y fundadamente justificada, pues si careciese de justificación o si ésta resultase insuficiente se trataría de una detención arbitraria y consiguientemente ilegal. A estos efectos adquieren una importancia decisiva los principios que tienden a limitar el margen de discrecionalidad policial, de entre los que destaca el principio de proporcionalidad (Barcelona Llop se ha referido, además, a los principios de oportunidad y congruencia, y Queralt a los de idoneidad y necesidad).

Sin embargo, no ha sido éste el camino seguido por el legislador en la *ley de Protección de la Seguridad Ciudadana*. Aunque se habilita a los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para efectuar controles y para identificar a personas, no se les autoriza, en cambio, para detener al indocumentado más que "si se trata de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de la identificación" (exposición de motivos). En el marco de la nueva ley, los agentes de policía sólo están facultados para "requerir" a quienes no pueden ser identificados para que les acompañen a las dependencias policiales, a fin de realizar la diligencia de identificación. Pero requerir no es detener, sino solicitar, pretender, inducir o persuadir. Consiguientemente si el indocumentado se niega a acudir a la comisaría de policía y no puede imputársele un hecho delictivo, los agentes no tendrán más remedio que dejarle continuar su camino. No obstante, en los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse, el artículo 19.4 se remite a lo dispuesto en el Código Penal, es decir, a las previsiones que en él se contienen en relación con las infracciones relacionadas con la desobediencia (arts. 237 a 570.1 del Código Penal). Pero aun en este caso debe quedar claro que es decisivo que la actuación de los agentes de la autoridad sea conforme a Derecho, evitando excesos o extralimitaciones que den margen por retorsión permitirían estimar justificada la defensa de un ataque ilegítimo.

BIBLIOGRAFIA

- ALDERSON, J: *Les droits de l'Homme et la police*, Strasbourg, 1984.
BARCELONA LLOP: *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.



- BUERGENTHAL: "Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits judiciaires", en *Les droits l'Homme en droit interne et en droit international*, Université libre de Bruxelles, 1968.
- COHEN-JONATHAN, G.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Economica*, París, 1989.
- GALVEZ MONTES: "Seguridad Personal", en *Comentarios a las leyes políticas* (ALZAGA y otros), tomo II, Edersa, Madrid, 1984.
- PORTILLO CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1990.
- QUERALT, J.: *Manual de policía judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- QUERALT, J.: "La retención policial es una detención inconstitucional", *Actualidad Penal*, 1989-2.
- VELU y ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

