

DETENCIÓN POLICIAL PREPROCESAL

XERMAN VARELA CASTEJÓN

Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pontevedra

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

Magistrado del Juzgado de lo Penal 27 de Barcelona

En este trabajo los autores analizan los supuestos de privaciones de libertad que las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado pueden practicar en el ejercicio de sus funciones de prevención e investigación de infracciones penales, antes de la intervención de los órganos judiciales. Es evidente que se trata de una cuestión compleja, no exenta de muchos matices. Con el objetivo de sintetizar y hacer un planteamiento práctico, han articulado el trabajo mediante la formulación de doce hipótesis.

Dos de los efectos que derivarían de su interpretación son: en primer lugar, la reducción drástica del número de detenciones policiales y consecuentemente, en segundo lugar, un incremento de la seguridad ciudadana ya que, en términos de costes de oportunidad, habrá más agentes policiales disponibles para dedicarse a labores efectivas de prevención e investigación de delitos, al disminuir la necesidad directa de efectivos inherentes a cualquier detención. La cifra estadística de 40.712 detenciones practicadas por los Mossos d'Esquadra¹ el año 2006 es bastante elocuente.

In this paper, the authors analyse hypothetical examples of loss of liberty that State security forces can act out in their role of prevention and investigation of criminal offences, prior to the intervention of the legal authorities. This is, clearly a very complex issue, and one that has many nuances. Aiming to summarise and give a practical perspective, the authors have structured the paper around twelve hypotheses.

Two main effects emerge from interpreting these twelve hypotheses: firstly, a drastic reduction in the number of police arrests and as a result, secondly, an increase of public safety, because, in terms of opportunity costs, there would be more police officers available to carry out effective crime-prevention and criminal investigation work, as the need for police manpower inherent in any arrest would decrease. The figure given, of 40,712 arrests made by the Mossos d'Esquadra in 2006, says it all.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL QUE AFECTA A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD ES LA LIBERTAD AMBULATORIA

1.1 El valor jurídico que protege el artículo 17 de la Constitución española (CE) es la libertad física, entendida como mera libertad deambulatoria o de movimientos

1. Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra: Balance estadístico del año 2006 [www.gencat.cat/mossos/cme/contingutpdf/Memoria2006.pdf].

(Díez-Picazo, 2003). Esta definición abstracta de valor se traduce, cuando se trata de enunciar una fórmula para su tutela, como la «libertad de abandonar el lugar donde se encuentra el sujeto» (Muñoz Sánchez, 1996), formulación que estimamos primordial para la comprensión de las hipótesis de privaciones de libertad de origen policial.

1.2 Por tanto, quedan fuera del ámbito de protección de la norma todos los aspectos del derecho a la libertad no vinculados con la libertad física o deambulatoria. De la misma manera el derecho a no ser privado de la posibilidad de moverse no comprende necesariamente el derecho a circular por todos los sitios, ya que a pesar de su proximidad conceptual, la CE ha regulado esto último en el artículo 19 como el derecho a la libre circulación y residencia, sometido a un régimen jurídico diferente.

2. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD PUEDE AFECTAR AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD INDIVIDUAL

2.1 El artículo 17.1 CE equipara la libertad y la seguridad. Ahora bien, como señaló el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe en el Anteproyecto de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LO 1/1992, de 21 de febrero, LOPSC),² la seguridad de que habla el precepto no es la seguridad ciudadana a la que se refiere el artículo 104 sino la seguridad como garantía de la libertad personal.

2.2 Por tanto, hay que distinguir entre seguridad ciudadana, entendida como orden público, que tiene el valor propio de un interés constitucional legítimo, y seguridad individual, que constituye un derecho fundamental y que equivale, como el Tribunal Constitucional ha dicho, a la certeza del ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados. Por este motivo la seguridad ciudadana no puede limitar la libertad individual, del mismo modo en que un derecho fundamental limita a otro, porque no es un derecho fundamental.

2.3 Por eso, la seguridad individual va directamente en función de la forma en que los cuerpos policiales desarrollan el cometido que les asigna el artículo 104 CE (Andrés Ibáñez, 1991). De eso se deduce que cuando la policía, en el ejercicio de las funciones de su cargo, priva injustificadamente de libertad a una persona, no solamente vulnera su derecho a la libertad sino que también compromete su derecho a la seguridad individual.

2. CGPJ. Informe de 20 de diciembre de 1990.

3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA ES UNA ESPECIE DEL GÉNERO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La detención preventiva practicada por las fuerzas y los cuerpos de seguridad es una especie del género de privación de libertad, caracterizada porque afecta a la persona de quien se sospecha que ha cometido un delito. Las fuerzas y los cuerpos de seguridad pueden practicar privaciones de libertad diferentes de la detención preventiva.

3.1 La redacción del artículo 17 CE ofrece un primer interrogante: ¿privación de libertad y detención preventiva significan lo mismo o, por el contrario, la segunda es una especie del género connotado por la primera?

Según nuestro parecer, el término *privación de libertad* constituye el género de lo que la *detención preventiva* sería la especie. Y eso, por dos motivos básicos:

- a) El mismo precepto indica que «nadie puede ser privado de libertad... sino en los casos y en la forma previstos por la ley». Si este precepto permite la regulación por ley de los supuestos de privación de libertad, el legislador puede establecer hipótesis normativas diferentes de la detención preventiva.
- b) En su significado primario, la detención preventiva es la privación de libertad de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal, circunstancia que, por su significación especial, hizo que el constituyente consignara en los apartados primero y tercero del artículo 17 los derechos básicos de la persona detenida preventivamente. Pero eso no implica que no quepan otras hipótesis de privación de libertad ni que a estas hipótesis necesariamente no les sean aplicables todos o algunos de los derechos establecidos para la detención preventiva.

3.2 De esta manera sobreviene un segundo interrogante: en el marco de sus funciones constitucionales, ¿las fuerzas y los cuerpos de seguridad sólo disponen de la detención preventiva como instrumento o bien pueden practicar otras privaciones de libertad diferentes?

El Tribunal Constitucional, en la conocida sentencia 98/1986, de 10 de julio, afirmó de manera terminante que no pueden «encontrarse situaciones intermedias entre la detención y la libertad». Esta afirmación, sin embargo, no puede descontextualizarse, por lo que cabe recordar que se formuló en el ámbito de un proceso de amparo en materia de *habeas corpus*. Por eso, a nuestro parecer, lo que se quiso es que, a efecto del nombrado procedimiento no debe haber ninguna situación fáctica de privación de libertad que quede exenta de protección constitucional, ya que conceptualmente no puede haber ninguna situación intermedia entre aquella en que un sujeto puede alejarse de un lugar determinado y aquella otra en que eso no es posible.

Por tanto, no queda excluida la posibilidad de que las fuerzas y los cuerpos de seguridad puedan practicar privaciones de libertad diferentes de la detención preventiva, como de hecho está pasando a pesar de la resistencia jurisprudencial a

admitirlo. Otra cuestión diferente es la conveniencia de que estos supuestos deberían de regularse con todas las garantías, como tendremos ocasión de examinar más abajo.

3.3 De ahora en adelante, por razones terminológicas, denominaremos detención preventiva a la situación fáctica de privación de la libertad deambulatoria de una persona practicada por las fuerzas y los cuerpos de seguridad en el marco de las funciones de investigación de delitos, y el término de otras privaciones de libertad se usará para cualificar otros supuestos de privaciones de la libertad deambulatoria adoptadas por las fuerzas y los cuerpos de seguridad. Son los casos de los registros, los requerimientos para la identificación y los controles en las vías públicas, a que nos referiremos al final de este trabajo.

4. COMO REGLA, SOLO LA AUTORIDAD JUDICIAL PUEDE PRIVAR DE LIBERTAD

4.1 Según Gimeno Sendra (1985), la CE consagra un principio inequívoco de monopolio jurisdiccional en materia de imposición de penas privativas de libertad que deriva de los artículos 117.3 y 25.3.

4.2 Este monopolio, podemos añadir, ha de extenderse igualmente a todas las privaciones de libertad, es decir, no solamente a las adoptadas definitivamente sino también con carácter cautelar. Y eso, en atención a la función primordial atribuida al poder judicial de «garantía de los derechos», fruto de la independencia e imparcialidad consubstanciales sólo a este poder del Estado. Más concretamente, esta exclusividad jurisdiccional se predica en general de la jurisdicción penal. En este ámbito el principio de legalidad (material, art. 1 CP, y formal, art. 1 LECr) nos permite afirmar que, como regla, la restricción del derecho a la libertad del ciudadano sólo puede ser adoptada por el juez penal, y eso exclusivamente como consecuencia de la sospecha fundamentada de la comisión de un delito y a través del proceso preestablecido.

5. LAS DETENCIONES PREVENTIVAS POLICIALES SON DETENCIONES «A PREVENCIÓN» DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

La legitimidad de las detenciones preventivas descansa en su carácter instrumental del proceso penal.

5.1 Los supuestos de detención policial regulados en los artículos 489 y siguientes de la LECr constituyen una excepción aparente al nombrado monopolio jurisdiccional. No obstante, cuando los agentes policiales practican una detención bajo la cobertura de estos preceptos, no lo hacen en ejecución de una supuesta potestad administrativa, sino en su cualidad de agentes de la policía judicial, como

consecuencia de la comisión de un hecho punible y en función de la instauración de un proceso penal posterior. En consecuencia, la policía judicial actúa como órgano auxiliar de la jurisdicción penal, por lo que las diligencias que hace lo son «a prevención» hasta que el juez instructor asume la dirección del proceso.

5.2 Con eso puede sostenerse que las detenciones que la policía practica lo son también en el sentido expresado —a prevención de la autoridad judicial—, por eso su naturaleza es de diligencia provisionalísima y medial y, por eso, el grado de legitimidad de la detención policial se medirá por su instrumentalidad respecto del proceso penal. Por eso, también, el principio de legalidad procesal resulta sólo en apariencia derogado.

6. LA POLICÍA SOLO HA DE DETENER «A PREVENCIÓN»...

... a las personas sorprendidas en delito flagrante, intentado o consumado, y a las personas sospechosas de cometer un delito cuando haya un fin legítimo que justifique la detención.

La detención por faltas es desproporcionada.

6.1 De acuerdo con el art. 492 LECr se desprende que las fuerzas y los cuerpos de seguridad tienen la obligación de detener a las personas que se encuentren en los supuestos fácticos previstos en la norma. El automatismo producto de la obligatoriedad tiene la virtualidad de resolver *ex lege* el problema de los criterios. Aun así, en el caso de la detención policial, entendemos que no pueden desvincularse los supuestos en que corresponda la detención de su finalidad legítima, ya que podría darse el caso de que, aunque fuera necesaria la subsunción, faltara el objeto de la privación de libertad: por ejemplo, cuando la persona a detener, a pesar de que haya cometido un delito flagrante, ofreciera absolutas garantías de comparecer ante el juez. Por tanto, una lectura constitucional del precepto pasa por entender que el deber de detener no surge de la pura constatación de un hecho que tenga acomodamiento en la norma, sino de la verificación paralela de que concurren los fines legítimos que pudieran justificar la privación de libertad. Esta interpretación tiene, además, el aval en la redacción del art. 553 LECr.

6.2 Del contenido de los artículos 490, 492, 495 y 553 LECr (que exigen una nueva redacción debido a las incongruencias y reiteraciones superfluas que se observan) se deduce, al efecto que nos ocupa, que las fuerzas y los cuerpos de seguridad pueden detener a las siguientes personas:

6.3.1 Personas que intentarán cometer un delito en el momento de estar a punto de cometerlo.

Este enunciado sólo puede ser interpretado en el sentido que alude a los supuestos de tentativa flagrante de delito, por lo que resulta superfluo.

6.3.2 Personas sorprendidas en delito flagrante.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 314/1993, ni la «urgencia de la intervención policial ni el conocimiento fundamentado, ni la constancia de la perpetración del delito justifican la detención por este motivo. El delincuente ha de ser «sorprendido» y, además, por los mismos agentes policiales que efectúan la detención. Sobre esta cuestión, Andrés Ibáñez (op. cit.) recuerda que «de Aguilera de Paz a Carnelutti, es delito flagrante el resplendente y mientras se ve, o sea, para el que lo ve cometer», por lo que se trata de una categoría conceptual de pacífica inteligencia de cabo a cabo de la doctrina y la jurisprudencia. Por tanto, no es tampoco admisible una hermenéutica del concepto en los términos del artículo 795.1 (regla primera LECr) que otorga la consideración de delito flagrante —al efecto de la aplicabilidad de los trámites del juicio rápido para la investigación y el enjuiciamiento de los hechos— en supuestos como el hecho de sorprender al delincuente no ya cometiendo el hecho sino también inmediatamente después de su comisión, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir que ha participado, ya que en estos casos la confirmación probatoria se produce mediante la denominada prueba por presunciones o indiciaria, lo que es obviamente compatible con el carácter testimonial del delito flagrante.

6.3.3 Personas sospechosas de la comisión de un delito.

Tal como se desprende del texto legal, en estos casos es necesario:

- a) que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente suficientes para creer que hay un hecho con características de delito;
- b) que también los tenga suficientes para creer que la persona que intente detener ha tenido participación.

Es evidente que en una fase tan preliminar de la investigación no es exigible un nivel indiciario tan sólido como el que, si llega el caso, justificaría una interlocutoria de procesamiento, o la adopción de la prisión preventiva. Aun así, eso no ha de conducir necesariamente a relajar las exigencias, que dependerán de las circunstancias concretas de cada caso.

6.3.4 Personas que intentaran cometer, que fueran sorprendidas cometiendo o de las que se sospeche que han cometido una falta.

Conviene recordar, en primer lugar, que las faltas intentadas sólo son punibles cuando se trate de infracciones contra las personas o contra el patrimonio (art. 15.2 CP); en segundo lugar, la regla general es que no se puede detener por falta, si no es que la persona sospechosa no tuviera domicilio conocido ni diera fianza suficiente, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerla (art. 496 LECr).

El sintagma «domicilio conocido» debe interpretarse de manera finalista, por lo que si no hay riesgo de ilocalización posterior para el juzgado, aunque no haya domicilio conocido, ha de descartarse la detención (por ejemplo, una persona de la que se conoce el paradero habitual aunque no tenga domicilio porque vive en la calle). Por otro lado, si se pondera la escasa entidad de las infracciones leves, no

parece proporcionado el recurso a la detención policial tampoco en los supuestos de ilocalización eventual, ya que teniendo en cuenta las penas que conminan a las faltas podría pasar que la detención implicara un perjuicio mayor que el daño supuestamente causado por su ejecución, porque no es inconcebible sostener que para una persona sospechosa sea más beneficioso abonar la multa prevista que sufrir la privación de libertad. Desde esta perspectiva, la detención tendría una naturaleza punitiva no solamente incompatible con el art. 25.3 CE sino también con el derecho a la presunción de inocencia.

Por todo eso, es suficiente con proceder de acuerdo con lo que dispone el art. 493 LECr: tomar nota del nombre, apellidos, domicilio y otras circunstancias suficientes para la indagación y la identificación de la persona, que se ha de librar oportunamente al juez o tribunal que conozca o vaya a conocer la causa. En caso de imposibilidad de identificación, siempre puede procederse de conformidad con el art. 20.2 LOPSC. Asimismo, la instauración de los llamados juicios de faltas rápidos, haría innecesaria la privación de libertad que prevé el mismo art. 20.2 o la detención, en caso de negativa al acompañamiento, más allá del tiempo necesario para identificar al autor y citarlo a juicio, porque como ya se sabe, la vista podría realizarse en ausencia de la persona denunciada siempre que conste debidamente como citada a la misma, citación que la reforma operada por la Ley 38/2002 encarga a las fuerzas y los cuerpos de seguridad.

Por último, en caso de que tenga lugar la hipotética detención, siempre se debería abonar en caso de recaer sentencia de condena, lo que no es praxis frecuente.

7. LA DETENCIÓN PREVENTIVA ES EXCLUSIVAMENTE INSTRUMENTAL DEL PROCESO PENAL. LA PERSONA INVESTIGADA NO ES UN INSTRUMENTO DEL PROCESO

7.1 En un sentido puramente sociológico es indudable que, independientemente de las funciones previstas legalmente, la detención policial vinculada al proceso penal cumple o puede cumplir de hecho una función de preservación inmediata del orden público, ya que mediante esta preservación el restablece *el statu quo* perturbado y apacigua el contexto social en que se desarrollan los hechos. Según la misma perspectiva, la posibilidad de la detención produce o puede producir un efecto disuasorio o preventivo de carácter general. Igualmente, el poder de detener concita o puede concitar el respeto a la policía apuntalando el principio de autoridad.

7.2 Si esto es así, la naturaleza puramente gubernativa, en sentido radical, de esta función es indiscutible. Ahora bien, del análisis de la normativa legal no se desprende que el cumplimiento de esta función sea la meta perseguida por los preceptos reguladores de la detención preventiva, por eso su finalidad ha de ser necesariamente otra.

7.2.1 La lectura del art. 496 LECr parece que da a entender que la detención preventiva persigue exclusivamente conjurar el riesgo de que la persona sospechosa se sustraiga a la acción de la justicia, por lo que se trata de asegurar la puesta a disposición judicial. De hecho, la Ley de enjuiciamiento criminal de 1872 exigía que la puesta a disposición fuera inmediata, ya que establecía sanciones para la autoridad policial que demorase la entrega innecesariamente más de veinticuatro horas. En este contexto, hay que interpretar el concepto atendiendo a la distancia que debía recorrerse con la persona detenida para presentarla ante el juez y los medios de transporte que había en la época.

La norma nombrada, no obstante, no puede dissociarse del sistema diseñado por la LECr, que sigue formalmente vigente a pesar de su desajuste con la práctica policial y/o judicial. De la lectura conjunta de los art. 282, 284, 286 y 295 LECr se desprende que, constatada la comisión de un hecho punible, excepcionalmente y si no puede intervenir directamente el juez, la policía asumía la práctica de las diligencias necesarias hasta el momento en que la autoridad judicial pudiera hacerse cargo. Sea como sea, la práctica de estas diligencias no podía alargarse más de veinticuatro horas. Entre las diligencias se prevenían las actuaciones necesarias para la comprobación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y para la recogida de los efectos, instrumentos y pruebas del delito que hubiera peligro de que desaparecieran. Es indudable que una de estas diligencias podía ser precisamente la detención de la persona sospechosa, pero también lo es que la misma detención no podía desvincularse de la necesidad de puesta a disposición judicial, ni cumplir otras hasta el aseguramiento nombrado, en vista de la atribución inexistente para la policía de una función de investigación autónoma. Por eso tocaba no detener, a pesar de que no hubieran concluido aún las diligencias a prevención, si no hubiera riesgo de huida.

7.2.2 Asencio Mellado (2004) explica que de la situación expuesta se pasa, en la práctica, a otra diferente en que la policía judicial se independiza en su función investigadora. La redacción del art. 17.2 CE se insiere en este contexto, no solamente porque amplía el término máximo de detención de veinticuatro a setenta y dos horas —tal como hizo en 1945 el art. 18 del *Fuero de los Españoles*—, sino porque introduce un término relativo con la fórmula de que «no ha de durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las indagaciones tendentes a esclarecer los hechos». Evidentemente, los medios de transporte que había en el año 1978 no habrían justificado el término de veinticuatro horas. Al contrario, habrían exigido la puesta a disposición inmediata. Por tanto, esta ampliación del término constituye el reconocimiento expreso de que se atribuye a la policía una función autónoma de investigación, cosa que permite ampliar el término de puesta a disposición hasta un máximo de setenta y dos horas, y deja en cuestión el contenido de los art. 284, 286 y 295 LECr. Naturalmente, ya no se «presenta» el juez en el lugar de los hechos a formar el sumario y provocar con eso que se detengan las diligencias a prevención policiales. Muy al contrario, es la misma policía quien se desplaza al juzgado para presentar el atestado, generalmente con la persona detenida.

Esta situación, según Asencio Mellado, tiene además relación directa con un nuevo acuerdo del proceso que ha experimentado un nuevo impulso después de la

reforma que ha supuesto la Ley 38/2002, al introducir los llamados juicios rápidos, en los que da la impresión de que la detención se articula como presupuesto casi ineludible para el correcto funcionamiento del nuevo sistema procedimental, como resultado del art. 796 LECr que parece que identifica el término de investigación policial con el de detención, como si se tratara de lo mismo. La ley, por tanto, no cualifica la detención como obligatoria, pero en realidad parece que la considere imprescindible, en vista de la necesaria disponibilidad de la persona imputada para llevar a cabo las diligencias urgentes.

7.2.2 De acuerdo con estas premisas, se nos plantea la siguiente duda: ¿La CE confiere a la detención una finalidad añadida al mero aseguramiento de la puesta a disposición judicial y la permite para la realización de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos? ¿Coexisten en nuestro ordenamiento otras finalidades para la detención?

Distinguiremos los dos supuestos de detención objeto de nuestro marco de análisis y ya que, a lo largo de la exposición, hemos destacado como nota esencial de la detención su carácter instrumental del proceso penal, los relacionaremos con el art. 13 LECr.

7.3 PERSONAS SOSPECHOSAS SORPRENDIDAS EN CASO DE DELITO FLAGRANTE, SEA INTENTADO O CONSUMADO

7.3.1 Esclarecimiento de los hechos

Si por definición el delito flagrante es el delito testimonial presenciado por los mismos agentes que practican la detención, no se entiende qué tipo de investigaciones hay que hacer para aclarar los hechos que permitan demorar la puesta a disposición judicial. Compartimos la afirmación que es consubstancial a la misma naturaleza de la intervención policial que los rasgos concretos de lo que ha pasado y su calificación jurídica provisional sean objeto de delimitación gradual, y en la mayor parte de los casos no pueden ser conocidos en su integridad por el funcionario policial cuando ha de intervenir. Para eso, hay suficiente con que se calibren a simple vista y para las apariencias externas la gravedad de la acción y las sospechas provisionales de la participación de la persona sospechosa en esta acción. Igualmente, durante la elaboración de las diligencias policiales, se irá concretando progresivamente la situación fáctica y jurídica que motivará la incoación de diligencias judiciales. Ahora bien, es indudable que la detención no constituye en sí un instrumento o una técnica de descubrimiento de hechos y que, por tanto, la presencia o ausencia de la persona sospechosa en dependencias policiales es, o debería ser, heurísticamente intrascendente (los agentes policiales pueden seguir practicando diligencias independientemente de la presencia o ausencia de la persona sospechosa). Por tanto, el esclarecimiento de los hechos no puede justificar este tipo concreto de detención.

Podría objetarse que, en todo caso, habría que recibir declaración en sede policial de la persona sospechosa. Pero ciertamente la imputación válida no la for-

maliza ni la traslada la policía sino el juez en la comparecencia del art. 775 LECr. Además, en una visión no inquisitiva del proceso, el interrogatorio de la persona imputada y, con más razón, de la sospechosa, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que ha de servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad sino sólo para oponerse a la imputación o posibilitar a la persona acusada su propia defensa. Por tanto, la necesidad de práctica de la diligencia nombrada tampoco justifica la detención.

7.3.2 Identificación del delincuente

Si el art. 20 LOPSC permite no solamente la identificación en el acto sino también el requerimiento a la persona sospechosa para acompañamiento a diligencias policiales sólo a efecto identificativo, no sería necesaria en principio la detención preventiva. Podrían objetarse los casos de negativa al acompañamiento a dependencias policiales, aunque en esta hipótesis —ya que de eso podría inferirse un riesgo evidente de sustracción a la acción de la justicia— sería procedente la detención preventiva pero ya amparada en la necesidad de puesta a disposición judicial.

7.3.3 Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer y recoger y poner en custodia todo aquello que conduzca a la comprobación

La naturaleza «a prevención» de la detención preventiva exigiría hacer un pronóstico del cual pudiera concluirse que la libertad de la persona detenida podría hacer peligrar la obtención de fuentes de prueba relevantes. Este pronóstico no podría efectuarse basándose en una mera conjetura vinculada a un peligro abstracto. Al contrario, haría falta que hubiera datos reveladores de un peligro concreto. Por tanto, y excepto que el riesgo pudiera provenir de la misma persona afectada, no sería justificada la detención por ese único motivo. En este sentido, invocando además los principios rectores de la prisión provisional, en vista de la proximidad morfológica entre ambas instituciones, el principio de necesidad exigiría que no hubiera otra alternativa menos perjudicial para la consecución del fin perseguido, de modo que mientras el registro superficial es plausible, la detención quedaría descartada.

7.3.4 Proteger a las personas ofendidas y perjudicadas por el delito, a sus familiares y a otras personas

Es imposible eludir el entroncamiento de este supuesto con el del orden de protección regulada en el art. 544 ter. LECr. Ahora bien, hay que tener presente una vez más el principio de necesidad antes nombrado, de manera que siendo labor de las fuerzas y los cuerpos de seguridad «proteger el libre ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana» (art. 1.1 LOPSC), en principio siempre debería afirmarse que hay alternativas menos perjudiciales para la consecución del fin perseguido (protección policial de la víctima, al menos

hasta la decisión judicial correspondiente), incluso cuando, precisamente por no haberse sometido aún el asunto al juez, una decisión de esta clase desconocería forzosamente la presunción de inocencia.

7.3.5 La sustracción de la persona sospechosa a la acción de la justicia

Con todo lo expuesto, concluimos el itinerario trazado volviendo al verdadero riesgo que hay que conjurar: que la persona sospechosa se sustraiga a la acción de la justicia. Por tanto, una vez valoradas la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que se pueda imponer y los datos identificativos del delincuente (obtenidos de él mismo o mediante el procedimiento que prevé el art. 20 LOPSC), si se puede extraer un pronóstico razonable que, en caso de que no se produzca privación de libertad, la persona sospechosa será ilocalizable, habrá que practicar la detención y, en caso contrario, habrá que descartarla. En definitiva, se trata de asegurar la puesta a disposición judicial para que sea efectivo el traslado de la imputación judicial. Este aseguramiento es congruente con la verdadera finalidad de la detención preventiva como medio exclusivamente instrumental del proceso, lo que no equivale a convertir a la persona sospechosa en instrumento del proceso mediante su detención automática. Por tanto, cuando se afirma la naturaleza instrumental de la detención, se quiere decir exclusivamente que se justifica en la medida en que impide el riesgo de parálisis de la causa en atención a la ilocalización de la persona investigada.

7.3.6 El grado de confirmación de indicios

Finalmente, y por lo que respecta al grado de confirmación indiciaria del substrato fáctico que permitirá a la autoridad policial efectuar la inferencia de la existencia de lo ilícito, de la participación de la persona detenida en el mismo y de la concurrencia de los motivos justificativos de la detención, creemos que es acertada la formulación de Jorge Barreiro (2004), que expresa que en este ámbito la interpretación ha de ser teleológica, vinculante la entidad y la solidez de los indicios exigibles con la naturaleza de la institución procesal a aplicar, en vista de la heterogénea dimensión y gravedad de sus efectos. Así, si los efectos y las consecuencias del auto de prisión son mucho más perjudiciales para la persona imputada que los del acuerdo policial de la detención, lógicamente han de requerirse también unos indicios de más entidad en el primer caso que en el segundo. Por eso el nivel de exigencia ha de ser naturalmente inferior, lo que no equivale de ninguna manera a rehuir la exigencia. Se trata, pues, de una cuestión de grado de confirmación de hipótesis.

7.4 PERSONAS SOSPECHOSAS DE LA COMISIÓN DE UN DELITO

Lo que se ha argumentado en el caso anterior, aquí tiene plena vigencia y podríamos reproducir el mismo contenido pero con algunas excepciones que detallamos a continuación.

7.4.1 Esclarecimiento de los hechos

Si en el caso anterior hemos indicado que la detención no estaba justificada por la necesidad de esclarecer los hechos, en vista de su carácter flagrante, en este caso, con más razón aún, ha de descartarse en la medida en que para practicarla el mismo art. 492 LECr exige que la autoridad policial tenga motivos racionalmente suficientes para creer en la existencia de un hecho que presente rasgos de delito, así como que la persona que se intente detener ha tenido participación. Por tanto, si se tienen estos motivos racionalmente suficientes, es que debe de haber existido ese previo esclarecimiento fáctico.

7.4.2 La inaplazabilidad de la actuación policial

Si la actuación policial es —como hemos ido afirmando— «a prevención» de la autoridad judicial, la detención, amparada en este supuesto, solo puede entenderse justificada cuando la urgencia de la situación impida que la policía pueda poner los hechos en conocimiento del juez, de manera que éste esté en disposición de ordenar directamente e inmediatamente la detención al amparo de los art. 486 y 494 LECr. En relación con este último precepto, parece conveniente la supresión de la referencia a *prevención* con las autoridades y los agentes de la policía judicial, ya que el juez no ordena la detención a *prevención* de la policía, sino sobre la base de la reserva jurisdiccional que en materia de privación de libertad establecen los art. 117.3 y 25.3 CE. De otro modo dicho, la detención policial constituye jurídicamente la excepción a la regla del monopolio jurisdiccional en la materia. Si la estadística invierte la situación, es un signo más de que en realidad el juez tiene un papel pasivo en la investigación y que ha dejado de ser el director del proceso, hecho que cuestiona el mantenimiento del modelo actual de instrucción penal.

Dos ejemplos pueden aclarar la situación. En la práctica se observan numerosas detenciones policiales, amparadas en este supuesto, en las que no solamente no se advierte la situación de urgencia que justifique la intervención policial directa sino que, a buen seguro, si se remiten las diligencias policiales al juzgado para comunicar la existencia de los indicios que avalan la participación de la persona sospechosa en el hecho investigado e, incluso (¿por qué no?), que sugieren al mismo órgano judicial la conveniencia de la detención, muy probablemente el juez, con criterio prudente, acordaría previamente la citación de la persona sospechosa para recibirla en declaración como imputada en lugar de su detención inmediata. Así, puede pasar, en primer lugar, que la policía conozca la identidad de la persona sospechosa y su ubicación; si no concurren motivos de urgencia que hagan inaplazable la actuación policial, porque es imposible esperar la decisión judicial sin causar un notable perjuicio a la investigación, no se explica la razón que habilite la intervención policial si lo es a *prevención*. En segundo lugar, no es infrecuente encontrar atestados que contengan lo siguiente:

Las gestiones encaminadas a la localización y la detención del señor X han sido, al cierre de estas diligencias, negativas. Por todo lo expuesto en las diligencias y en

vista de que, a criterio del instructor (del atestado), hay indicios suficientes para considerar al señor X como autor de los hechos, y ya que esta persona no ha podido ser localizada, en esta instrucción (policial) se ha dado de alta una orden policial de detención, a fin de que cuando se localice al señor X sea detenido y escoltado a declaración con relación a los hechos a que se refieren estas diligencias.

En este segundo supuesto, con más razón, la urgencia de la decisión policial es más difícilmente visible.

En el fondo pasa que la declaración en sede policial de la persona investigada y generalmente detenida se ha convertido en la regla, como diligencia *sine qua non* del atestado. Eso es otro signo de que la autoridad policial es la verdadera fuerza motriz y orientadora de la instrucción, hecho que también tiene indudables efectos reflejos, ya que cuando la excepción jurídica se convierte en la regla fáctica, se corre el riesgo de que el uso genere la convicción judicial de su bondad. De aquí a considerar como prueba de cargo la confesión de la persona sospechosa prestada en dependencias policiales, aunque las condiciones situacionales en que se haya prestado no fueran las más apropiadas desde la perspectiva del proceso debido, solo hay un paso.

8. LA DETENCIÓN PREVENTIVA SOLO PUEDE DURAR EL TIEMPO ERICTAMENTE NECESARIO PARA LA PUESTA A DISPOSICIÓN JUDICIAL

8.1 Los artículos 17.2 CE y 496 LECr presentan una evidente antinomia que ha provocado un intenso debate doctrinal. Sea como sea, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (SSTC 288/2000 o 224/2002 entre muchas otras) parten de la existencia de un término relativo (el tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones tendentes a esclarecer los hechos) y de un límite absoluto (setenta y dos horas), sin que hayan afrontado de manera directa la cuestión.

8.2 Si hemos afirmado, contrariamente, que las investigaciones tendentes a esclarecer los hechos no constituyen por sí mismas motivo de detención, porque precisamente es la presencia de los hechos con apariencia delictiva el presupuesto que podría justificar la detención —la intervención policial se ha de producir «porque haya pasado o esté pasando algo» y no «para ver qué pasa»— (Andrés Ibáñez, op. cit.), se suscita la cuestión de la duración de la detención una vez practicada, cuestión que sólo puede tener una respuesta: el tiempo estrictamente necesario para que se efectúe la puesta a disposición. Por tanto, un tiempo que no necesariamente ha de coincidir con el requerido para la conclusión de las diligencias policiales de investigación —cuyo ritmo puede ser muy diferente— sino que es suficiente la elaboración de un atestado mínimo para poder trasladar la imputación, sin perjuicio, como es natural, de la remisión de los atestados ampliatorios que sean pertinentes en el decurso de la instrucción.

Por todo eso, es difícilmente sostenible la necesidad de un término de setenta y dos horas cuando de lo que se trata es de conducir a la persona detenida a las dependencias judiciales, por lo que estimamos más que suficiente como regla el término de veinticuatro horas.

8.3 A las afirmaciones anteriores podría oponerse el argumento de que, en atención a la naturaleza del hecho, el juez podría no estar en condiciones de decidir sobre la puesta en libertad o prisión provisional, pero no hay duda de que las acusaciones disponen del término que la LECr otorga al juez para decidir, setenta y dos horas (art. 499 LECr), a fin de instar la práctica de las diligencias que conduce a este efecto, de manera que la persona quede, ahora sí, imputada, detenida pero bajo salvaguarda judicial.

9. LAS DECISIONES POLICIALES EN MATERIA DE DETENCIÓN HAN DE EXPLICITARSE MOTIVADAMENTE EN LOS ATESTADOS

9.1 La motivación de las decisiones que implican el ejercicio de un poder es substancial al Estado democrático de derecho. Mediante esta motivación, como es tópico afirmar, al exteriorizar el fundamento de la decisión puede comprobarse la razonabilidad y el grado de ajustamiento con el ordenamiento jurídico y, por tanto, hacer un control ulterior no sólo por parte de los órganos del Estado sino también por la propia ciudadanía afectada directamente o no por la decisión. El artículo 54 LRJAP y PAC establece que han de ser motivados, con una referencia sucinta de los hechos y los fundamentos de derecho, los actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos. Por tanto, si la Administración actúa con pleno sometimiento a la ley y al derecho (art. 103 CE) ha de aplicar la norma nombrada y, como es indudable que la detención limita un derecho fundamental, se han de motivar las decisiones que lo restringen.

9.2 En consecuencia, los atestados han de reflejar específicamente —incluso es conveniente incluirlo en una diligencia *ad hoc*— no solamente el hecho de la detención sino el supuesto legal que la fundamenta y la finalidad concreta que se persigue con esta medida, no de manera estereotipada sino fundamentada razonablemente (hecho que no excluye la mención sucinta). Asimismo, han de expresarse las razones por las cuales, una vez producido el acto de la detención, se estima imprescindible el mantenimiento de la privación de libertad hasta la puesta a disposición judicial, ya que puede pasar que en el curso de la detención decaigan los motivos que la habían justificado (constancia fehaciente de arraigo personal de la persona detenida), aunque eso sería poco probable si se tiene en cuenta la inmediatez con que debería de hacerse la puesta a disposición judicial.

Con esta obligación, en todo caso, podría perfilarse con claridad meridiana si efectivamente se ha hecho una detención «a prevención» o, al contrario, se trata de una detención inicialmente practicada o posteriormente mantenida por puras razones de orden público.

10. LAS OTRAS PRIVACIONES DE LIBERTAD

El sometimiento a las diligencias policiales de identificación, registros y controles constituye una privación de libertad diferente de la detención preventiva, que presenta un relevante déficit regulativo contrario al derecho a la seguridad individual (art. 17.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

10.1 De la doctrina del TS y el TC³ se extrae la siguiente conclusión: las hipótesis de requerimientos para la práctica de identificaciones, registros superficiales y controles policiales en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no afectan al derecho fundamental a la libertad, siempre que estas «inmovilizaciones» de personas sean momentáneas, proporcionadas, necesarias e instrumentales para labores de prevención o indagación de infracciones penales. En definitiva, constituyen un «sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía» al que una persona puede estar obligada «incluso en el curso de controles preventivos» (STC 107/1985 y 22/1988).

10.2 En cambio, si analizamos el supuesto previsto en el art. 20.2 LOPSC, el TC afirmó que nos encontrábamos ante un supuesto de privación de libertad.

Este artículo prevé el requerimiento policial al ciudadano para su acompañamiento a dependencias policiales con el objetivo de hacer la identificación, cuando se trate de una persona no identificada de la que razonable y fundamentadamente pueda presumirse que esté en disposición actual de cometer un ilícito penal o que haya cometido ya una infracción penal o administrativa y, además, que concorra la circunstancia de que la identificación no pueda conseguirse por ningún otro medio que no sea la conducción a dependencias policiales.

En este caso, el TC ha sostenido que la medida supone «por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento de la persona requerida hasta las dependencias policiales próximas en que haya de quedarse un tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de una persona, instrumental de prevención o indagación, y por eso ha de considerarse como una modalidad de privación de libertad», incluso cuando la persona afectada prestara el consentimiento de practicarla (STC 341/1993). En este sentido, se razona que en vista de que la desatención al requerimiento puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas (art. 20.4 y 26.h) LOPSC), a pesar de que la actitud de la persona requerida que acata la orden policial expresa una voluntad, no se trata necesariamente de una voluntad libre, ya que «no se puede hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra comporte, para el mismo caso, una contravención». Por eso, el TC concluye que en este caso nos

3. ATS Sala II 1055/1996, de 3 de junio, FJ 2º, ATS Sala II 1179/1996, de 4 de junio FJ 5º, STS Sala II 525/2000, de 31 de marzo, STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ3r, STC 22/1988, de 18 de febrero, FJ1r, STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ del 4 al 6.

encontramos ante una modalidad autónoma de privación de libertad, en la que deben reconocerse algunos de los derechos del art. 17 CE a la persona privada de libertad. Concretamente:

- a) el derecho a ser informada de la razón de la privación de libertad y de los derechos que, como privada de libertad, la asisten;
- b) el derecho a no declarar, excepto con relación a los extremos necesarios para su identificación;
- c) el derecho a que las diligencias de identificación no se alarguen más del tiempo imprescindible.

10.3 El examen de los supuestos previstos en la legislación vigente⁴ revela cómo se imbrican, con redacción ambigua, actuaciones relativas a la prevención y la investigación de delitos con actuaciones referentes a la prevención y la indagación de infracciones administrativas.⁵ Eso, si se parte de la presunción de la racionalidad del legislador, nos hace pensar que no se trata de un efecto casual sino deliberadamente perseguido, que permite a los cuerpos policiales, consciente o inconscientemente, enmascarar la naturaleza de su actuación y sustraerse al control judicial.

10.4 La clarificación del debate pasa, a nuestro parecer, por partir de las siguientes premisas:

10.4.1 A pesar de la racionalidad de posiciones doctrinales que parten de la premisa contraria (Portilla Contreras, 1991), entendemos que la voluntad de la persona afectada no puede admitirse empíricamente como factor decisorio para afirmar que no existe privación de libertad, cuando no haya alternativas seguras al acatamiento de la orden policial. Por tanto, habiendo un alto grado de incerteza sobre las consecuencias de la negativa a someterse a la medida de que se trate, es cuestionable que en el momento de recibir la orden el sujeto tenga libertad para abandonar el lugar en donde está.

10.4.2 La afectación o no del derecho a la libertad no puede depender de la legitimidad del acto. En este sentido también genera incerteza la afirmación de que, a pesar de que el artículo 17 CE otorga la libertad de abandonar el lugar donde está el sujeto, el sometimiento a un registro en la vía pública no afecta al derecho siempre que sea momentáneo, proporcionado, necesario e instrumental para labores de prevención o indagación de infracciones penales o administrativas. ¿Y si el

4. Fundamentalmente, la LOPSC, la LOFCSE y el Texto articulado sobre tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial y el Reglamento general de circulación.

5. La lectura del art. 19 y, especialmente, del 20 LOPSC es muy recomendable, ya que no aclara la duda sobre si se trata de actuaciones que solo pueden practicarse en el marco de las funciones de investigación de hechos delictivos o también para la prevención no solo de delito sino igualmente de infracciones administrativas.

registro no reuniera las condiciones referidas? ¿Entonces constituiría una privación de libertad? ¿No es contrario al paradigma interpretativo en materia de derechos constitucionales sostener que la existencia o no de afectación al derecho depende de la legitimidad del acto?

Es decir, una detención no deja de serlo ni de afectar al derecho a la libertad por el hecho de ser legítima. Otra cuestión diferente es que en la ponderación de valores en conflicto, se estime legítimo el sacrificio de la libertad.

10.4.3 La escasa duración de la inmovilización tampoco puede servir por sí sola de criterio diferencial, ya que o el sujeto puede alejarse del lugar o no puede, si bien puede servir para descartar los supuestos de bagatela. A estos efectos, es suficiente con afirmar, para descartar los supuestos que necesariamente han de quedar fuera del ámbito de protección por su nimiedad, que para que podamos hablar de privación de libertad la duración ha de ser suficientemente larga para que el sujeto pasivo, en aquel espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar, como afirma Schmidhäuser.⁶

10.4.4 Por tanto, será la conjunción de los factores de voluntad condicionada y temporalidad en el sentido indicado antes la que permita concluir que habrá una privación de libertad siempre que al sujeto conminado para someterse a la medida en cuestión le falten alternativas jurídicamente seguras al acatamiento de la orden y por eso deba permanecer en el lugar del que se trate durante un tiempo suficientemente largo para que el mismo sujeto, en aquel espacio de tiempo, pudiera haber abandonado el lugar. La privación de libertad, además, será ilegítima cuando la decisión de adopción o bien la ejecución de la decisión no se ajusten a la legalidad vigente.

10.4.5 Eso remite al verdadero problema: hay que convenir, pues, que nos encontramos frente a una situación muy anómala ya que tenemos una pluralidad de supuestos de privación de libertad dispersos en la LOPSC, LOFCSE y LTSV, cuya regulación actual vulnera el derecho a la seguridad individual y el principio de seguridad jurídica (a excepción del caso analizado en el art. 20.2, ya analizado por la STC 314/1993). En este sentido, surgen diversos interrogantes. ¿Cuáles de la pluralidad de supuestos previstos en los textos legales nombrados constituyen situaciones de privación de libertad y cuáles no? ¿Qué finalidad legítima persiguen los actos que constituyen privaciones de libertad, la investigación de delitos o también su prevención y de puras infracciones administrativas? ¿Cómo se aplican? ¿Qué derechos asisten a las personas privadas de libertad en cada caso? Además, persiste otra duda: ¿qué pasaría si la persona afectada se niega a cooperar? Como ya está privada de libertad, ¿habría que usar la fuerza indispensable o habría que convertir la inicial privación de libertad en detención? ¿En qué casos puede pasar esta transmutación?

6. Citado por Montserrat de Hoyos Sancho (1998).

10.5 Los interrogantes son numerosos, por eso —constatado el déficit regulativo actual— consideramos indispensable el desarrollo legal adecuado de las hipótesis normativas y de su régimen jurídico mediante ley orgánica (art. 81 CE), para insertarlo en dos textos separados: los supuestos vinculados al proceso penal deberían ubicarse en su sede natural, es decir, la LECr, y los que están desvinculados, en la LOPSC. y eso a fin de evitar el riesgo ya aludido de encubrimientos de actuaciones puramente gubernativas con el pretexto de actuaciones de investigación de ilícitos penales. En cuanto al tenor de las regulaciones, ofrecemos dos propuestas para la reflexión.

10.5.1 Por lo que respecta a los derechos reconocidos a los sujetos afectados en los diversos supuestos de privación de libertad

- a) El derecho a no declarar ha de ser incondicional porque lo contrario cosifica a la persona privada de libertad y genera la tentación de recurrir a técnicas abusivas para obtener información. Por eso no compartimos la tesis del TC de que en el supuesto del art. 20.2 LOPSC haya que excluirse este derecho.
- b) Siempre que en los supuestos a regular una persona privada de libertad deba acudir o permanecer un tiempo, por corto que sea, en dependencias policiales, el derecho a la asistencia letrada ha de ser inexcusable. Díez Picazo, en este sentido, aclara que la previsión del art. 17 CE es diferente de la que hace el art. 24 CE como garantía del proceso penal, por lo que una y otra garantías de asistencia letrada (una a la persona detenida y la otra a la imputada o acusada) cumplen funciones diferentes. En el caso del art. 17 CE, el objetivo primario de la asistencia letrada es garantizar que la persona detenida no sea objeto de abusos, no preparar una defensa futura. Tampoco compartimos la tesis del TC que en el supuesto del art. 20.2 LOPSC deba excluirse este derecho.
- c) El derecho al procedimiento de *habeas corpus* no tiene que ofrecer ninguna duda en ninguno de los casos a regular.

10.5.2 En cuanto a la previa intervención judicial, tal como sucede en algunos supuestos previstos en el derecho comparado (de Hoyos Sancho, 1998), habría que plantearse la posibilidad de que para establecer controles en las vías públicas con el objetivo de identificar y registrar a personas y vehículos, excepto por razones fundamentadas de urgencias que lo impidieran, fuera necesaria la obtención de una resolución judicial autorizante previa.

Podrá decirse que con eso se corre el riesgo de incurrir en un vicio reglamentista, pero consideramos preferible asumir ese riesgo que tolerar la situación actual de incerteza, que estimamos incompatible no solamente con el principio de seguridad jurídica sino también con el derecho fundamental a la seguridad individual, ya que, como ha dicho la STC 15/1986, este derecho, con una fórmula obligadamente esquemática, equivale a «certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses tutelados jurídicamente».

11. LOS JUZGADOS DE GUARDIA TIENEN EL DEBER INEXCUSABLE DE RECIBIR A LAS PERSONAS DETENIDAS QUE SE LE PRESENTEN DENTRO DE SU HORARIO DE APERTURA

11.1 ANÁLISIS DE LA CORRECCIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN MATERIA DE DETENCIÓN POLICIAL

Ahora cambiemos de perspectiva. Hay que recordar que de los art. 497 y 499 LECr se desprende que el juez, después de practicar, si es necesario, las primeras diligencias, deberá elevar la detención a prisión o bien decretar la libertad de la persona detenida en el término de veinticuatro horas a contar desde que lo hubieran entregado.

De la lectura de los preceptos nombrados y de la doctrina en materia de detención policial hasta ahora expuesta puede decantarse el principio de que, por analogía con las hipótesis de detención policial, se establecen dos términos para que el juez reciba declaración de la persona detenida y adopte la decisión correspondiente en materia de situación personal. Uno, absoluto de setenta y dos horas, y el otro relativo, consistente en el tiempo imprescindible. Estos términos deben computarse desde la puesta a disposición judicial (según se expresa en el art. 17.1 CE) o desde la entrega de la persona detenida al juez (en la terminología de los art. 496 al 500 LECr).

11.2 ¿CUÁNDO SE ENTIENDE PRODUCIDA LA PUESTA A DISPOSICIÓN JUDICIAL?

Eso remite a otro problema. Se ofrecen dos opciones: o bien considerar que tiene lugar mediante la comunicación al juzgado, por cualquier medio del que quede suficiente constancia, del hecho de que se han concluido las diligencias policiales, cosa que desplaza la decisión al juez sobre el momento temporal en que se haya de producir la entrega material de la persona detenida, o bien entender que se produce mediante la entrega física de la persona detenida en las dependencias judiciales.

Hay argumentos sólidos que militan a favor de la primera tesis. Así, si la puesta a disposición judicial tiene un objetivo concreto —la audiencia de la persona detenida—, si ésta no es posible inmediatamente, no hay puesta a disposición. Desde otra óptica, si se admite la posibilidad de puesta a disposición puramente formal, se correría el riesgo de consagrar extensiones indebidas del término máximo de detención policial de setenta y dos horas, porque de hecho la persona detenida seguirá estando bajo la custodia de la misma autoridad que la ha detenido, más allá del plazo indicado e incluso con la posibilidad de alargarla hasta setenta y dos horas más (art. 497 y 499 LECr). Por último, una interpretación sistemática exige esta intelección, ya que si la garantía institucional que implica el proceso de *habeas corpus* tiene por objeto la presentación de la persona detenida ante el juez, eso es signo de que puesta a disposición y entrega física son términos equivalentes.

En la misma dirección se pronuncia de manera unánime la jurisprudencia constitucional, a excepción de la STC 21/1997, de 10 de febrero, que en el FJ 4º dice:

... el sentido y la finalidad de esta exigencia constitucional no requiere incondicionalmente la presencia física de la persona detenida ante el juez —aunque eso ha de constituir la forma normal, porque implica más garantía a la persona detenida— sino que la persona privada de libertad, transcurrido el término de las setenta y dos horas, no continúe sujeta a las autoridades que han practicado la detención y quede bajo control y decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el artículo 17.1 reconoce.

Sin embargo, no puede eludirse la excepcionalidad del caso examinado por el alto tribunal.⁷ La misma Sentencia así lo reconoce cuando indica que la presencia física de la persona detenida ante el juez ha de ser la forma normal, porque implica más garantía, de lo que puede concluirse que el alto tribunal parte de la «concepción material» que hemos ido postulando.

De acuerdo con todo lo expuesto, hay que hacer mención, además, de la Decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) de 12 de enero de 1999, el caso Rigopoulos contra España, en la que en relación con el mismo caso declaró la inadmisibilidad de la demanda interpuesta por uno de los tripulantes, en la que se alegaba la violación del artículo 5.3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH):

Toda persona detenida preventivamente deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un término razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

El Tribunal consideró que si bien a primera vista el plazo de dieciséis días que duró la privación de libertad hasta la entrega física de la persona detenida al juez no parecía conforme con la noción de «conducida sin dilación» del art. 5.3 CEDH, podía ser que circunstancias absolutamente excepcionales pudieran justificar un retraso de esta naturaleza, cosa que debía examinarse en cada caso y que llevó a la conclusión de que, en el supuesto enjuiciado, valorando las circunstancias concurrentes, no podía considerarse sobrepasado el marco temporal establecido en el art. 5.3 CEDH.

7. Abordaje en alta mar, con autorización judicial previa, de un barco por parte del Servicio de Vigilancia Aduanera el 23 de enero de 1995, en el que se ocuparon dos mil quilos de cocaína y se detuvo a la tripulación, con la particularidad de que al cabo de tres días, ante la circunstancia de que el barco tenía que ser conducido a las Islas Canarias, adonde aún tardaría unos días en llegar, el juez central de instrucción, después de los trámites oportunos, dictó auto de prisión provisional, en vista de la imposibilidad de entrega física de las personas detenidas en el término legal.

11.3 Eso nos lleva a analizar la posibilidad que asiste al juez de rechazar con causa legítima la puesta a disposición e impedir que ésta tenga lugar, lo que nos remite a examinar los horarios de apertura de los juzgados de guardia y a la regularidad de los llamados protocolos expresos o tácitos en materia de conducciones policiales y turnos de detenidos.

11.4 En tres interesantes resoluciones⁸ dictadas por vía de amparo para resolver unos recursos deducidos ante autos de denegación de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, el alto tribunal ha asentado el principio de que la existencia de los protocolos nombrados «no puede justificar una dilatación desproporcionada del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales». Se trataba, de hecho, de supuestos en los que por no entrar en el turno correspondiente después de la conclusión de las diligencias policiales (generalmente, un único turno de mañana, a las nueve), la persona detenida quedaba privada de libertad hasta el día siguiente a las nueve de la mañana. El alto tribunal no ha afrontado aún, por el contrario, la compatibilidad entre los art. 17.2 CE y 184.1 LOPJ («todos los días del año y todas las horas serán hábiles para a la instrucción de causas criminales») y las disposiciones del Reglamento 1/2005 reguladores del servicio de guardia de los órganos jurisdiccionales en materia de horarios de apertura de los órganos judiciales.

En el fondo se trata de encarar la cuestión de qué pasa en el espacio de tiempo que hay entre la conclusión de las actuaciones policiales —expresada normalmente mediante una diligencia de cierre del atestado— y la entrada de la persona detenida en la sala o el despacho judicial en que ha de prestar declaración. Dicho de otra manera, ¿cómo se distribuyen los riesgos derivados de la dilatación de tiempo de la custodia policial sobre la persona detenida una vez han concluido las diligencias policiales? ¿Y qué pasa con el derecho fundamental en juego?⁹

11.5 A nuestro parecer, del examen de la normativa vigente, praxis judicial, y de la aseeración jurisprudencial de que no hay justificación en estos casos como para que haya dilataciones desproporcionadas del período de detención, se extraen las siguientes consecuencias:

- a) Una vez concluidas las diligencias policiales, la persona detenida tiene derecho a ser puesta inmediatamente a disposición judicial.
- b) Solamente unas circunstancias muy razonadas pueden justificar el rechazo

8. SSTC 288/2000, 224/2002 y 165/2007.

9. Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de los cuerpos y las fuerzas de seguridad para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial. La regla segunda recuerda que cuando, finalizadas las diligencias, concurren circunstancias que exijan —sin agotar el término de setenta y dos horas— retrasar el momento de poner físicamente a la persona detenida a disposición judicial, se actuará siempre bajo las instrucciones de éste, haciéndolas constar por diligencia, igual que cualquier otra eventualidad, de manera que siempre quede constancia detallada del uso del tiempo en que la persona detenida ha estado bajo custodia policial.

del sistema judicial a la puesta a disposición, siempre que eso no suponga la vulneración del límite máximo de setenta y dos horas establecido en el art. 17.2 CE.

- c) Entre estas circunstancias están los horarios de apertura de los juzgados de guardia. En este sentido, del Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales resultan, al efecto que nos ocupa, tres tipologías de prestación del servicio de guardia:
- partidos judiciales con treinta y tres o más juzgados de instrucción, en los cuales el servicio empieza cada día a las nueve de la mañana y se adarga ininterrumpidamente durante veinticuatro horas;
 - juzgados únicos, en que el servicio de guardia es permanente y se presta durante la jornada diaria de trabajo;
 - otros juzgados, en que el servicio se presta con periodicidad semanal, en régimen de jornada partida, de nueve a dos de la mañana y de cinco a ocho de la tarde, de lunes a sábado; los domingos y días festivos es de diez a dos.

Por tanto, en vista de que el servicio de guardia tiene, entre otros objetivos, «la adopción de las resoluciones oportunas sobre la situación personal de quien sea conducido como detenido a presencia judicial» (art. 42 del Reglamento 1/2005), la persona detenida tiene derecho como mínimo a pasar a disposición judicial dentro del período de guardia de cada juzgado.

- d) Los protocolos en materia de conducción de personas detenidas tienen como objetivo establecer la coordinación conveniente de la actuación de los cuerpos de seguridad y los juzgados de guardia, pero los turnos de conducciones no permiten rechazar la puesta a disposición judicial de una persona detenida que, por las razones que sean, quedara fuera del turno correspondiente, ya que, en palabras del mismo fiscal ante el Tribunal Constitucional en una de las sentencias nombradas:

La única causa que pudo justificar que se retrasara la puesta a disposición judicial del detenido es que la organización del servicio del juzgado de guardia y la de las conducciones de detenidos desde las dependencias policiales hasta el juzgado de guardia determinarían que los traslados se hicieran antes de las 14 h de cada día, por lo que, concluido el atestado a esa hora, la conducción del detenido debía hacerse al día siguiente. Pero, incluso dando por hecho que eso sea cierto, no puede considerarse que, como consecuencia de la nombrada organización de los servicios del juzgado de guardia y de las conducciones policiales, pueda justificarse la dilatación de tiempo de una detención preventiva, porque esta limitación no se prevé en el art. 17 CE ni en la legislación dictada en su desarrollo.

11.6 Para concluir este apartado, queremos remarcar que, independientemente de la adscripción a una u otra opción interpretativa (puesta a disposición material o puesta a disposición formal; de hecho, también hay argumentos que apoyan

a esta segunda tesis como el cuestionamiento técnico de la aserción de que el sistema pueda rechazar la puesta a disposición judicial, objeción que nunca se plantearía en la llamada tesis formal), lo que es relevante es la inexcusable obligación que pesa sobre el órgano jurisdiccional de recibir a las personas detenidas siempre que sean presentadas dentro del horario de apertura del juzgado de guardia, porque sería paradójico exigir a las fuerzas y los cuerpos de seguridad agilidad en la actuación para reducir el período temporal de privación de libertad para luego tolerar extensiones injustificables del plazo de detención imputables exclusivamente a los órganos judiciales encargados, por definición, de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales.

12. EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS ES EL PILAR ESENCIAL DE LA REGULARIDAD DE UN SISTEMA JURÍDICO QUE ADMITE DETENCIONES PREVENTIVAS

12.1 Concluimos este artículo afirmando la decisiva importancia del procedimiento de *habeas corpus* para el funcionamiento correcto del sistema.

12.2 Si hemos afirmado, entre otras cosas, que:

- a) los supuestos de sometimiento a diligencias policiales de identificación, registros superficiales y controles en las vías públicas constituyen supuestos de privación de libertad;
- b) la detención preventiva sólo puede tener como objetivo legítimo la puesta a disposición judicial;
- c) la puesta a disposición no justifica en general extensiones del plazo de detención preventiva superiores a las veinticuatro horas;
- d) hay un deber judicial de admitir la puesta a disposición dentro de los horarios de apertura de los juzgados,

el remedio eficaz para acotar eventuales infracciones de los principios citados y, a la vez, proteger de raíz el derecho fundamental a la libertad y la seguridad, es precisamente el procedimiento de *habeas corpus*, ya que otras opciones, como el recurso a la vía penal ante los posibles responsables de privaciones ilícitas de libertad, actúen a posteriori, por lo que si bien pueden reparar el daño causado, carecen en sí mismas de eficacia protectora inmediata del derecho.

12.3 Al contrario, en la práctica se constata la infrutilización del procedimiento, no tanto por ausencia de peticiones sino por la viciada práctica judicial de la inadmisión *a limine* del procedimiento, en flagrante e incomprensible vulneración de la consolidada y archiconocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular.

12.4 Aquí dejamos la cuestión sólo apuntada, pero reiteramos una vez más su importancia como válvula de seguridad del sistema de protección de la libertad

individual, como recuerda la exposición de motivos de la Ley orgánica 6/1984, la gran desconocida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la Ley Corcuera». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 13, marzo de 1991.

ASENCIO MELLADO, J.M. «La libertad de movimientos como derecho fundamental». *Manuales de formación continuada*, núm. 22. Consejo General del Poder Judicial, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas, 2003.

GIMENO SENDRA, V. *El proceso del habeas corpus*. Tecnos: 1985, p. 28 y sig.

HOYOS SANCHO, M. DE. *La detención por delito*. Aranzadi Editorial, 1998.

JORGE BARREIRO, A. «La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15/2003 y doctrina del Tribunal Constitucional)». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 51, noviembre de 2004.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J. «Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

PORTILLA CONTRERAS, G. «La lógica del sospechoso». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 12, enero de 1991.

— «Identificaciones, controles, cacheos policiales y otros «entretenimientos» de la libertad». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 26, julio de 1996.