

## DE DETENCIÓ POLICIAL PREPROCESSAL

XERMAN VARELA CASTEJÓN

Magistrat del Jutjat d'Instrucció núm. 2 de Pontevedra

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

Magistrat del Jutjat Penal 27 de Barcelona

En aquest treball els autors analitzen els supòsits de privacions de llibertat que les forces i els cossos de seguretat de l'Estat poden practicar en l'exercici de les seves funcions de prevenció i investigació d'infraccions penals, abans de la intervenció dels òrgans judicials. És evident que es tracta d'una qüestió complexa, no exempta de molts matisos. Amb l'objectiu de sintetitzar i fer un plantejament pràctic, han articulat el treball mitjançant la formulació de dotze hipòtesis.

Dos dels efectes que derivarien de la seva interpretació són: en primer lloc, la reducció dràstica del nombre de detencions policials i consegüentment, en segon lloc, un increment de la seguretat ciutadana ja que, en termes de costos d'oportunitat, hi haurà més agents policials disponibles per dedicar-se a tasques efectives de prevenció i investigació de delictes, en disminuir la necessitat directa d'efectius inherents a qualsevol detenció. La xifra estadística de 40.712 detencions practicades pels mossos d'esquadra<sup>1</sup> l'any 2006 és prou eloqüent.

*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 DRET FONAMENTAL QUE AFECTA LA PRIVACIÓ DE LLIBERTAT ÉS LA LLIBERTAT AMBULATÒRIA

1.1 El valor jurídic que protegeix l'article 17 de la Constitució espanyola (CE) és la llibertat física, entesa com a mera llibertat deambulatória o de moviments (Díez-Picazo, 2003). Aquesta definició abstracta de valor es tradueix, quan es tracta d'e-

1. Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra: Balanç estadístic de l'any 2006 [[www.gencat.cat/mossos/cme/contingutpdf/Memoria2006.pdf](http://www.gencat.cat/mossos/cme/contingutpdf/Memoria2006.pdf)].

nunciar una fórmula per a la seva tutela, com la «llibertat d'abandonar el lloc on es troba el subjecte» (Muñoz Sánchez, 1996), formulació que estimem primordial per a la comprensió de les hipòtesis de privacions de llibertat d'origen policial.

1.2 Per tant, queden fora de l'àmbit de protecció de la norma tots els aspectes del dret a la llibertat no vinculats amb la llibertat física o deambulatòria. De la mateixa manera el dret a no ser privat de la possibilitat de moure's no comprèn necessàriament el dret a circular per tot arreu, ja que malgrat la seva proximitat conceptual, la CE ha regulat aquest últim a l'article 19 com el dret a la lliure circulació i residència, sotmès a un règim jurídic diferent.

## 2. LA PRIVACIÓ DE LLIBERTAT POT AFECTAR EL DRET FONAMENTAL A LA SEURETAT INDIVIDUAL

2.1 L'article 17.1 CE equipara la llibertat i la seguretat. Ara bé, com va indicar el Consell General del Poder Judicial (CGPJ) en el seu informe a l'Avantprojecte de la Llei orgànica de protecció de la seguretat ciutadana (LO 1/1992, de 21 de febrer, LOPSC),<sup>2</sup> la seguretat de què parla el precepte no és la seguretat ciutadana a què es refereix l'article 104 sinó la seguretat com a garantia de la llibertat personal.

2.2 Per tant, cal distingir entre seguretat ciutadana, entesa com a ordre públic, que té el valor propi d'un interès constitucional legítim, i seguretat individual, que constitueix un dret fonamental i que equival, com el Tribunal Constitucional ha dit, a la certa sobre l'ordenament jurídic aplicable i els interessos jurídicament tutelats. Per aquest motiu la seguretat ciutadana no pot limitar la llibertat individual de la mateixa manera com un dret fonamental en limita un altre, perquè no és un dret fonamental.

2.3 Per això, la seguretat individual està directament en funció de la forma com els cossos policials desenvolupin la comesa que els assigna l'article 104 CE (Andrés Ibáñez, 1991). D'això es dedueix que quan la policia, en l'exercici de les funcions del seu càrrec, priva injustificadament de llibertat una persona, no solament vulnera el seu dret a la llibertat sinó que també compromet el seu dret a la seguretat individual.

## 3. LA DETENCIÓ PREVENTIVA ÉS UNA ESPÈCIE DEL GÈNERE DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT

La detenció preventiva practicada per les forces i els cossos de seguretat és una espècie del gènere de privació de llibertat, caracteritzada perquè afecta la persona de qui se sospita que ha comès un delictes. Les forces i els cossos de seguretat poden practicar privacions de llibertat diferents de la detenció preventiva.

2. CGPJ. Informe de 20 de desembre de 1990.

3.1 La redacció de l'article 17 CE ofereix un primer interrogant: privació de llibertat i detenció preventiva signifiquen el mateix o, al contrari, la segona és una espècie del gènere connotat per la primera?

Segons el nostre parer, el terme *privació de llibertat* constitueix el gènere d'allò que la *detenció preventiva* seria l'espècie. I això, per dos motius bàsics:

- a) El mateix precepte indica que «ningú pot ser privat de llibertat... sinó en els casos i en la forma previstos a la llei». Si aquest precepte permet la regulació per llei dels supòsits de privació de llibertat, el legislador pot establir hipòtesis normatives diferents de la detenció preventiva.
- b) En el seu significat primari, la detenció preventiva és la privació de llibertat de qui se sospita que ha comès una infracció penal, circumstància que, per la seva significació especial, va fer que el constituent consignés en els apartats primer i tercer de l'article 17 els drets bàsics de la persona detinguda preventivament. Però això no implica que no càpiguen altres hipòtesis de privació de llibertat ni que a aquestes hipòtesis necessàriament no els siguin aplicables tots o alguns dels drets establerts per a la detenció preventiva.

3.2 D'aquesta manera sobrevé un segon interrogant: en el marc de les seves funcions constitucionals, les forces i els cossos de seguretat només disposen de la detenció preventiva com a instrument o bé poden practicar altres privacions de llibertat diferents?

El Tribunal Constitucional, en la coneguda sentència 98/1986, de 10 de juliol, va afirmar de manera terminant que no poden «trobar-se situacions intermèdies entre la detenció i la llibertat». Aquesta afirmació, tanmateix, no es pot descontextualitzar, per la qual cosa convé recordar que es va formular en l'àmbit d'un procés d'empara en matèria d'habeas corpus. Per això, a parer nostre, el que es va voler afirmar és que, a l'efecte de l'esmentat procediment no hi ha d'haver cap situació fàctica de privació de llibertat que quedi exempta de protecció constitucional, ja que conceptualment no pot haver-hi cap situació intermèdia entre aquella en què un subjecte pot allunyar-se d'un lloc determinat i aquella altra en què això no és possible.

Per tant, no queda exclosa la possibilitat que les forces i els cossos de seguretat puguin practicar privacions de llibertat diferents de la detenció preventiva, com de fet està passant malgrat la resistència jurisprudencial a admetre-ho. Una altra qüestió diferent és la conveniència que aquests supòsits s'haurien de regular amb totes les garanties, com tindrem ocasió d'examinar més avall.

3.3 D'ara endavant, per raons terminològiques, denominarem detenció preventiva a la situació fàctica de privació de la llibertat deambulatoria d'una persona practicada per les forces i els cossos de seguretat en el marc de les funcions d'investigació de delictes, i el terme d'altres privacions de llibertat s'emprarà per qualificar altres supòsits de privacions de la llibertat deambulatoria adoptades per les forces i els cossos de seguretat. Són els casos dels escorcolls, els requeriments

per a la identificació i els controls a les vies públiques, a què ens referirem al final d'aquest treball.

#### 4. COM A REGLA, NOMÉS L'AUTORITAT JUDICIAL POT PRIVAR DE LLIBERTAT

4.1 Segons Gimeno Sendra (1985), la CE consagra un principi inequívoc de monopoli jurisdiccional en matèria d'imposició de penes privatives de llibertat que deriva dels articles 117.3 i 25.3.

4.2 Aquest monopoli, podem afegir, s'ha d'estendre igualment a totes les privacions de llibertat, és a dir, no solament a les adoptades definitivament sinó també amb caràcter cautelar. I això, en atenció a la funció primordial atribuïda al poder judicial de «garantia dels drets», fruit de la independència i imparcialitat consubstancials només a aquest poder de l'Estat. Més concretament, aquesta exclusivitat jurisdiccional es predica en general de la jurisdicció penal. En aquest àmbit el principi de legalitat (material, art. 1 CP, i formal, art. 1 LECr) ens permet afirmar que, com a regla, la restricció del dret a la llibertat del ciutadà només pot ser adoptada pel jutge penal, i això exclusivament com a conseqüència de la sospita fonamentada de la comissió d'un delictes i a través del procés preestablert.

#### 5. LES DETENCIONS PREVENTIVES POLICIALES SÓN DETENCIONS «A PREVENCIÓ» DE L'AUTORITAT JUDICIAL

La legitimitat de les detencions preventives descansa en el seu caràcter instrumental del procés penal.

5.1 Una excepció aparent a l'esmentat monopoli jurisdiccional la constitueixen els supòsits de detenció policial regulats en els articles 489 i següents de la LECr. No obstant això, quan els agents policials practiquen una detenció sota la cobertura d'aquests preceptes, no ho fan en execució d'una suposada potestat administrativa, sinó en la seva qualitat d'agents de la policia judicial, com a conseqüència de la comissió d'un fet punible i en funció de la instauració d'un procés penal posterior. En conseqüència, la policia judicial actua com a òrgan auxiliar de la jurisdicció penal, per la qual cosa les diligències que fa ho són «a prevenció» fins que el jutge instructor assumeixi la direcció del procés.

5.2 Amb això es pot sostenir que les detencions que la policia practica ho són també en el sentit expressat —a prevenció de l'autoritat judicial—, per això la seva naturalesa és de diligència provisionalíssima i medial i, per això, el grau de legitimitat de la detenció policial es mesurarà per la seva instrumentalitat respecte del procés penal. Per això, també, el principi de legalitat processal resulta només en aparença derogat.

## 6. LA POLICIA NOMÉS HA DE DETENIR «A PREVENCIÓ»...

...Les persones sorpreses en delictes flagrants, intentats o consumats, i les persones sospitoses de cometre un delictes quan hi hagi un fi legítim que justifiqui la detenció.

La detenció per faltes és desproporcionada.

6.1 D'acord amb l'art. 492 LECr es desprèn que les forces i els cossos de seguretat tenen l'obligació de detenir les persones que es trobin en els supòsits fàctics previstos a la norma. L'automatisme producte de l'obligatorietat té la virtualitat de resoldre ex lege el problema dels criteris. Tanmateix, en el cas de la detenció policial, entenem que no es poden desvincular els supòsits en què correspongui la detenció de la seva finalitat legítima, ja que podria donar-se el cas que, encara que escaigués la subsunció, manqués d'objecte la privació de llibertat —per exemple, quan la persona a detenir, malgrat que hagi comès un delictes flagrant, oferís absolutes garanties de comparèixer davant del jutge. Per tant, una lectura constitucional del precepte passa per entendre que el deure de detenir no sorgeix de la pura constatació d'un fet que tingui acomodatament en la norma, sinó de la verificació paral·lela que concorren els fins legítims que poguessin justificar la privació de llibertat. Aquesta interpretació té, a més, l'aval en la redacció de l'art. 553 LECr.

6.2 Del contingut dels articles 490, 492, 495 i 553 LECr (que exigeixen una nova redacció ateses les incongruències i reiteracions supèrflues que s'hi observa) es dedueix, a l'efecte que ens ocupa, que les forces i els cossos de seguretat poden detenir les persones següents:

6.3.1 Persones que intentessin cometre un delictes en el moment d'estar a punt de cometre'l

Aquest enunciat només pot ser interpretat en el benentès que al·ludeix als supòsits de temptativa flagrant de delictes, per la qual cosa resulta superflu.

6.3.2 Persones sorpreses en delictes flagrants

Com recorda la Sentència del Tribunal Constitucional 314/1993, ni la «urgència de la intervenció policial ni el coneixement fonamentat, ni la constància de la perpetració del delictes justifiquen la detenció per aquest motiu. El delinqüent ha de ser «sorpès» i, a més, pels mateixos agents policials que n'efectuen la detenció. Sobre aquesta qüestió, Andrés Ibáñez (op. cit.) recorda que «de Aguilera de Paz a Carnelutti, delictes flagrants ho és el resplendent i mentre es veu, o sigui, per al qui el veu cometre», per la qual cosa es tracta d'una categoria conceptual de pacífica intel·ligència de cap a cap de la doctrina i la jurisprudència. Per tant, no és tampoc admissible una hermenèutica del concepte en els termes de l'article 795.1 (regla primera LECr) que atorga la consideració de delictes flagrants —a l'efecte de l'aplicabilitat dels tràmits del judici ràpid per a la investigació i l'enjudiciament dels fets— a supòsits com ara el fet de sorprendre el delinqüent, no ja cometent el fet

sinó també immediatament després de la seva comissió, amb efectes, instruments o vestigis que permetin presumir que hi ha participat, ja que en aquests casos la confirmació probatòria es produeix mitjançant la denominada prova per presumpcions o indiciària, la qual cosa és òbviament compatible amb el caràcter testimonial del delictes flagrant.

### 6.3.3 Persones sospitoses de la comissió d'un delictes

Tal com es desprèn del text legal, en aquests casos cal:

- a) que l'autoritat o agent tingui motius racionalment suficients per creure que hi ha un fet amb característiques de delictes;
- b) que els tingui també suficients per creure que la persona que intenti detenir hi ha tingut participació.

És evident que en una fase tan preliminar de la investigació no és exigible un nivell indiciari tan sòlid com el que, si arriba el cas, justificaria una interlocutòria de processament, o l'adopció de la presó preventiva. Tanmateix, això no ha de conduir necessàriament a relaxar les exigències, que dependran de les circumstàncies concretes de cada cas.

### 6.3.4 Persones que intentessin cometre, que fossin sorpreses cometent o de les quals es sospiti que han comès una falta

Convé recordar, en primer lloc, que les faltes intentades només són punibles quan es tracti d'infraccions contra les persones o contra el patrimoni (art. 15.2 CP); en segon lloc, la regla general és que no es pot detenir per falta, si no és que la persona sospitosa no tingui domicili conegut ni donés fiança suficient, a judici de l'autoritat o agent que intenti detenir-la (art. 496 LECr).

El sintagma «domicili conegut» s'ha d'interpretar de manera finalista, per la qual cosa si no hi ha risc d'ilocalització posterior per al jutjat, encara que no hi hagi domicili conegut, s'ha de descartar la detenció (per exemple, una persona de la qual es coneix el parador habitual encara que manqui de domicili perquè viu al carrer). D'altra banda, si es pondera l'escassa entitat de les infraccions lleus, no sembla proporcionat el recurs a la detenció policial tampoc en els supòsits d'ilocalització eventual, ja que tenint en compte les penes que cominen les faltes podria passar que la detenció impliqués un perjudici més gran que el dany suposadament causat per la seva execució, perquè no és inconcebible sostenir que per a una persona sospitosa sigui més beneficiós abonar la multa prevista en el tipus que no pas patir la privació de llibertat. Des d'aquesta perspectiva, la detenció tindria una naturalesa punitiva no solament incompatible amb l'art. 25.3 CE sinó també amb el dret a la presumpció d'innocència.

Per tot això, n'hi ha prou de procedir d'acord amb el que disposa l'art. 493 LECr: prendre nota del nom, els cognoms, el domicili i altres circumstàncies suficients per a la indagació i la identificació de la persona, que s'ha de lliurar oportunament al jutge o tribunal que conegui o hagi de conèixer de la causa. En cas d'impossibilitat d'identificació, sempre es pot procedir de conformitat amb l'art. 20.2

LOPSC. Així mateix, la instauració dels anomenats judicis de faltes ràpids, faria innecessària la privació de llibertat que preveu el mateix art. 20.2 o la detenció, en cas de negativa a l'acompanyament, més enllà del temps necessari per identificar l'autor i citar-lo a judici, perquè com ja se sap, la vista podria realitzar-se en absència de la persona denunciada sempre que consti degudament que hi està citada, citació que la reforma operada per la Llei 38/2002 encomana a les forces i els cossos de seguretat.

A l'últim, en cas que tingui lloc la hipotètica detenció, sempre s'hauria d'abonar en cas de recaure sentència de condemna, la qual cosa no és praxi freqüent.

## **7. LA DETENCIÓ PREVENTIVA ÉS EXCLUSIVAMENT INSTRUMENTAL DEL PROCÉS PENAL. LA PERSONA INVESTIGADA NO ÉS UN INSTRUMENT DEL PROCÉS**

7.1 En un sentit purament sociològic és indubtable que, independentment de les funcions previstes legalment, la detenció policial vinculada al procés penal aconsegueix o pot aconseguir de fet una funció de preservació immediata de l'ordre públic, ja que mitjançant aquesta preservació es restableix l'estatu quo pertorbat i apaivaga el context social en què s'esdevenen els fets. Segons la mateixa perspectiva, la possibilitat de la detenció produeix o pot produir un efecte dissuasori o preventiu de caràcter general. Igualment, el poder de detenir concita o pot concitar el respecte a la policia apuntalant el principi d'autoritat.

7.2 Si això és així, la naturalesa purament governativa, en sentit radical, d'aquesta funció és indiscutible. Ara bé, de l'anàlisi de la normativa legal no es desprèn que l'acompliment d'aquesta funció sigui la meta perseguida pels preceptes reguladors de la detenció preventiva, per això la seva finalitat ha de ser per força una altra.

7.2.1 La lectura de l'art. 496 LECr sembla que dóna a entendre que la detenció preventiva persegueix exclusivament conjurar el risc que la persona sospitosa se sostregui a l'acció de la justícia, per la qual cosa es tracta d'assegurar la posada a disposició judicial. De fet, la Llei d'enjudiciament criminal de 1872 exigia que la posada a disposició fos immediata, ja que establia sancions per a l'autoritat policial que demorés l'entrega innecessàriament més de vint-i-quatre hores. En aquest context, cal interpretar el termini esmentat atenent la distància que s'havia de recórrer amb la persona detinguda per presentar-la davant del jutge i els mitjans de transports que hi havia a l'època.

La norma esmentada, no obstant això, no es pot dissociar del sistema dissenyat per la LECr, que segueix formalment vigent malgrat el seu desajustament amb la pràctica policial i/o judicial. De la lectura conjunta dels art. 282, 284, 286 i 295 LECr es desprèn que, constatada la comissió d'un fet punible, excepcionalment i si no pot intervenir-hi directament el jutge, la policia assumia la pràctica de les diligències necessàries fins al moment en què l'autoritat judicial pogués fer-se'n

càrrec. Sigui com sigui, la pràctica d'aquestes diligències no es podia allargar més de vint-i-quatre hores. Entre les diligències es preveien les actuacions necessàries per a la comprovació del delictes, el descobriment dels delinqüents i per a la recollida dels efectes, instruments i proves del delictes que hi hagués perill que desapareguessin. És indubtable que una d'aquestes diligències podia ser precisament la detenció de la persona sospitosa, però no ho és menys que la mateixa detenció no es podia desvincular de la necessitat de posada a disposició judicial, ni complir altres fins que l'assegurament esmentat, atesa l'atribució inexistent a la policia d'una funció d'investigació autònoma. Per això pertocava no detenir, malgrat que no haguessin conclòs encara les diligències a prevenció, si no hi hagués risc de fugida.

7.2.2 Asencio Mellado (2004) explica que de la situació exposada es passa, a la pràctica, a una altra de diferent en què la policia judicial s'independitza en la seva funció investigadora. La redacció de l'art. 17.2 CE s'insereix en aquest context, no solament perquè amplia el termini màxim de detenció de vint-i-quatre a setanta-dues hores —tal com va fer el 1945 l'art. 18 del *Fuero de los Españoles*—, sinó perquè introdueix un termini relatiu amb la fórmula que «no ha de durar més del temps estrictament necessari per a la realització de les indagacions tendents a esclarir els fets». Evidentment, els mitjans de transport que hi havia l'any 1978 no haguessin justificat el termini de vint-i-quatre hores. Al contrari, haguessin exigit la posada a disposició immediata. Per tant, aquesta ampliació del termini constitueix el reconeixement exprés que s'atribueix a la policia una funció autònoma d'investigació, cosa que permet ampliar el termini de posada a disposició fins a un màxim de setanta-dues hores, i deixa en qüestió el contingut dels art. 284, 286 i 295 LECr. Naturalment, no es «presenta» ja el jutge en el lloc dels fets a formar el sumari i provocar amb això que s'aturin les diligències a prevenció policials. Ben al contrari, és la mateixa policia qui es desplaça al jutjat per presentar l'atestat, generalment amb la persona detinguda.

Aquesta situació, segons Asencio Mellado, està a més en relació directa amb una nova entesa del procés que ha experimentat un nou impuls després de la reforma que ha suposat la Llei 38/2002, en introduir els anomenats judicis ràpids, en els quals fa la impressió que la detenció s'articula com a pressupòsit gairebé ineludible per al correcte funcionament del nou sistema procedimental, com resulta de l'art. 796 LECr, que sembla que identifica el termini d'investigació policial amb el de detenció, com si es tractés de la mateixa cosa. La llei, per tant, no qualifica la detenció com a obligatòria, però en realitat sembla que la consideri imprescindible, atesa la necessària disponibilitat de la persona imputada per dur a terme les diligències urgents.

7.2.3 D'acord amb aquestes premisses, se'ns planteja el dubte següent: la CE confereix a la detenció una finalitat afegida al mer assegurament de la posada a disposició judicial i la permet per a la realització de les investigacions tendents a l'esclariment dels fets? Coexisteixen en el nostre ordenament altres finalitats per a la detenció?



Distingirem els dos supòsits de detenció objecte del nostre marc d'anàlisi i atès que, al llarg de l'exposició, hem destacat com a nota essencial de la detenció el seu caràcter instrumental del procés penal, els relacionarem amb l'art. 13 LECr.

### 7.3 PERSONES SOSPITLOSES SORPRESES EN CAS DE DELICTE FLAGRANT, SIGUI INTENTAT O CONSUMAT

#### 7.3.1 Esclariment dels fets

Si per definició el delicte flagrant és el delicte testimonial presenciat pels mateixos agents que practiquen la detenció, no s'entén quin tipus d'investigacions s'han de fer per aclarir els fets que permetin demorar la posada a disposició judicial. Compartim l'afirmació que és consubstancial a la mateixa naturalesa de la intervenció policial que els trets concrets del que ha passat i la seva qualificació jurídica provisional siguin objecte de delimitació gradual, i en la major part dels casos no poden ser coneguts en la seva integritat pel funcionariat policial quan ha d'intervenir. Per això, n'hi ha prou que es calibrin a simple vista i per les aparences externes la gravetat de l'acció i les sospites provisionals de la participació de la persona sospitosa en aquesta acció. Igualment ho és que, durant l'elaboració de les diligències policials, s'anirà concretant progressivament la situació fàctica i jurídica que motivarà la incoació de diligències judicials. Ara bé, és indubtable que la detenció no constitueix en si un instrument o una tècnica de descobriment de fets i que, per tant, la presència o absència de la persona sospitosa en dependències policials és, o hauria de ser, heurísticament intranscendent (els agents policials poden seguir practicant diligències independentment de la presència o absència de la persona sospitosa). Per tant, l'esclariment dels fets no pot justificar aquest tipus concret de detenció.

Es podria objectar que, en tot cas, caldrà rebre declaració en seu policial de la persona sospitosa. Però certament la imputació vàlida no la formalitza ni la trasllada la policia sinó el jutge en la compareixença de l'art. 775 LECr. A més, en una visió no inquisitiva del procés, l'interrogatori de la persona imputada i, amb més raó de la sospitosa, no és una necessitat de l'acusació, sinó un dret de la defensa que ha de servir, per tant, no per adquirir proves de culpabilitat sinó només per oposar-se a la imputació o possibilitar a la persona acusada la seva pròpia defensa. Per tant, la necessitat de pràctica de la diligència esmentada tampoc no justifica la detenció.

#### 7.3.2 Identificació del delinqüent

Si l'art. 20 LOPSC permet no solament la identificació en l'acte sinó també el requeriment a la persona sospitosa per a acompanyament a diligències policials només a l'efecte identificatiu, no seria necessària en principi la detenció preventiva. Es podria objectar els casos de negativa a l'acompanyament a dependències policials, per bé que en aquesta hipòtesi —ja que d'això podria inferir-se un risc evident de substracció a l'acció de la justícia—, seria procedent la detenció preventiva però ja emparada en la necessitat de posada a disposició judicial.

### 7.3.3 Consignar les proves del delictes que puguin desaparèixer i recollir i posar en custòdia tot allò que condueixi a la comprovació

La naturalesa «a prevenció» de la detenció preventiva exigiria de fer un pronòstic del qual es pogués concloure que la llibertat de la persona detinguda podria fer perillar l'obtenció de fonts de prova rellevants. Aquest pronòstic no es podria efectuar sobre la base d'una mera conjectura vinculada a un perill abstracte. Al contrari, caldria que hi hagués dades reveladores d'un perill concret. Per tant, i llevat que el risc pogués provenir de la mateixa persona afectada, no seria justificada la detenció per aquest sol motiu. En aquest sentit, invocant a més els principis rectoris de la presó provisional, atesa la proximitat morfològica entre ambdues institucions, el principi de necessitat exigiria que no hi hagués una altra alternativa menys perjudicial per a la consecució del fi perseguit, de tal manera que mentre l'escorcoll superficial és plausible, la detenció quedaria descartada.

### 7.3.4 Protegir les persones ofeses i perjudicades pel delictes, els seus familiars i altres persones

És impossible eludir l'entroncament d'aquest supòsit amb el de l'ordre de protecció regulada a l'art. 544 ter. LECr. Ara bé, cal tenir present un cop més el principi de necessitat abans esmentat, de manera que sent tasca de les forces i els cosos de seguretat «protegir el lliure exercici dels drets i les llibertats fonamentals i garantir la seguretat ciutadana» (art. 1.1 LOPSC), en principi sempre s'hauria d'afirmar que hi ha alternatives menys perjudicials per a la consecució del fi perseguit (protecció policial sobre la víctima, almenys fins la decisió judicial corresponent), fins i tot quan, precisament per no haver-se sotmès encara l'assumpte al jutge, una decisió d'aquesta mena desconexaria forçosament la presumpció d'innocència.

### 7.3.5 La sostracció de la persona sospitosa a l'acció de la justícia

Amb tot l'exposat, concloem l'itinerari traçat tornant al veritable risc que cal conjurar: que la persona sospitosa se sostregui a l'acció de la justícia. Per això, un cop valorades la naturalesa del fet, la gravetat de la pena que es pugui imposar i les dades identificatives del delinqüent (obtingudes d'ell mateix o mitjançant el procediment que preveu l'art. 20 LOPSC), si se'n pot extreure un pronòstic raonable que, en cas que no es produeixi privació de llibertat, la persona sospitosa serà ilocalitzable, caldrà practicar la detenció i, en cas contrari, caldrà descartar-la. En definitiva, es tracta d'assegurar la posada a disposició judicial perquè sigui efectiu el trasllat de la imputació judicial. Aquest assegurament és congruent amb la veritable finalitat de la detenció preventiva com a mitjà exclusivament instrumental del procés, la qual cosa no equival a convertir la persona sospitosa en instrument del procés mitjançant la seva detenció automàtica. Per tant, quan s'afirma la naturalesa instrumental de la detenció, es vol dir exclusivament que es justifica en la mesura en què impedeixi el risc de paràlisi de la causa en atenció a la ilocalització de la persona investigada.

### 7.3.6 El grau de confirmació d'indicis

Finalment, i pel que fa al grau de confirmació indiciària del substrat fàctic que permetrà a l'autoritat policial efectuar la inferència de l'existència de l'il·lícit, de la participació de la persona detinguda i de la concurrència dels motius justificatius de la detenció, creiem que és encertada la formulació de Jorge Barreiro (2004), que expressa que en aquest àmbit la interpretació ha de ser teleològica, vinculant l'entitat i la solidesa dels indicis exigibles amb la naturalesa de la institució processal a aplicar, atesa l'heterogènia dimensió i gravetat dels seus efectes. Així, si els efectes i les conseqüències de la interlocutòria de presó són molt més perjudicials per a la persona imputada que els de l'acord policial de la detenció, lògicament s'han de requerir també uns indicis de més entitat en el primer cas que no pas en el segon. Per això el nivell d'exigència ha de ser naturalment inferior, cosa que no equival de cap manera a defugir l'exigència. Es tracta, doncs, d'una qüestió de grau de confirmació d'hipòtesis.

## 7.4 PERSONES SOSPITLOSES DE LA COMISSIÓ D'UN DELICTE

El que s'ha argumentat en el cas anterior, aquí té plena vigència i podríem reproduir-hi el mateix contingut però amb algunes excepcions que detallem a continuació.

### 7.4.1 Esclariment dels fets

Si en el cas anterior hem indicat que la detenció no estava justificada per la necessitat d'esclarir els fets, atès el seu caràcter flagrant, en aquest cas, amb més raó encara, s'ha de descartar en la mesura en què per practicar-la el mateix art. 492 LECr exigeix que l'autoritat policial tingui motius racionalment suficients per creure en l'existència d'un fet que presenti trets de delictes, així com que la persona que s'intenti detenir hi ha tingut participació. Per tant, si es tenen aquests motius racionalment suficients, és que deu haver existit aquest previ esclariment fàctic.

### 7.4.2 La inajornabilitat de l'actuació policial

Si l'actuació policial és —com hem anat afirmant— «a prevenció» de l'autoritat judicial, la detenció, emparada en aquest supòsit, només es pot entendre justificada quan la urgència de la situació impedeixi que la policia pugui posar els fets en coneixement del jutge, de manera que aquest estigui en disposició d'ordenar directament i immediatament la detenció a l'empara dels art. 486 i 494 LECr. En relació amb aquest darrer precepte, sembla convenient la supressió de la referència a *prevenció* amb les autoritats i els agents de la policia judicial, ja que el jutge no ordena la detenció a *prevenció* de la policia, sinó sobre la base de la reserva jurisdiccional que en matèria de privació de llibertat estableixen els art. 117.3 i 25.3 CE. Altrament dit, la detenció policial constitueix jurídicament l'excepció a la regla del monopoli jurisdiccional en la matèria. Si l'estadística inverteix la situació és un signe més que en realitat el jutge té un paper passiu en la investigació i que

ha deixat de ser el director del procés, fet que qüestiona el manteniment del model actual d'instrucció penal.

Dos exemples poden aclarir la situació. A la pràctica s'observen nombroses detencions policials, emparades en aquest supòsit, en les quals no solament no s'adverteix la situació d'urgència que justifiqui la intervenció policial directa sinó que, de segur, si es remeten les diligències policials al jutjat per comunicar l'existència dels indicis que avalen la participació de la persona sospitosa en el fet investigat i, fins i tot (per què no?), que suggereixen al mateix òrgan judicial la conveniència de la detenció, molt probablement el jutge, amb criteri prudent, acordaria prèviament la citació de la persona sospitosa per rebre-la en declaració com a imputada en lloc de la seva detenció immediata. Així, pot passar, en primer lloc, que la policia conegui la identitat de la persona sospitosa i la seva ubicació; si no concorren motius d'urgència que facin inajornable l'actuació policial, perquè és impossible esperar la decisió judicial sense causar un notable perjudici a la investigació, no s'explica la raó que habiliti la intervenció policial si ho és a prevenció. En segon lloc, no és infreqüent trobar-se atestats que continguin el contingut següent:

Las gestions encaminades a la localització i la detenció del senyor X han estat, al tancament d'aquestes diligències, negatives. Per tot l'exposat a les diligències i atès que, a criteri de l'instructor (de l'atestat), hi ha indicis suficients per considerar el senyor X com a autor dels fets, i ja que aquesta persona no ha pogut ser localitzada, en aquesta instrucció (policial) s'ha donat d'alta una ordre policial de detenció, a fi que quan es localitzi el senyor X sigui detingut i escoltat en declaració amb relació als fets a què es refereixen aquestes diligències.

210

En aquest segon supòsit, amb més raó, la urgència de la decisió policial és més difícil de veure.

En el fons passa que la declaració en seu policial de la persona investigada i generalment detinguda s'ha convertit en la regla, com a diligència sine qua non de l'atestat. Això és un altre signe que l'autoritat policial és la veritable força motriu i orientadora de la instrucció, fet que també té indubtables efectes reflexos, ja que quan l'excepció jurídica es converteix en la regla fàctica, es corre el risc que l'ús generi la convicció judicial de la seva bondat. D'aquí a considerar com a prova de càrrec la confessió de la persona sospitosa prestada en dependències policials, encara que les condicions situacionals en què s'hagi prestat no fossin les més apropiades des de la perspectiva del procés degut, només hi ha un pas.

MAIG 2010

## 8. LA DETENCIÓ PREVENTIVA NOMÉS POT DURAR EL TEMPS ESTRICAMENT NECESSARI PER A LA POSADA A DISPOSICIÓ JUDICIAL

8.1 Els articles 17.2 CE i 496 LECr presenten una evident antinòmia que ha provocat un intens debat doctrinal. Sigui com sigui, tant el Tribunal Constitucional com el Tribunal Suprem (SSTC 288/2000 o 224/2002 entre moltes altres) parteixen de l'existència d'un termini relatiu (el temps estrictament necessari per a la realitza-

ció de les investigacions tendents a esclarir els fets) i d'un límit absolut (setanta-dues hores), sense que hagin afrontat de manera directa la qüestió.

8.2 Si hem afirmat, contràriament, que les investigacions tendents a esclarir els fets no constitueixen per si mateixes motiu de detenció, perquè precisament és la presència dels fets amb aparença delictiva el pressupòsit que podria justificar la detenció —la intervenció policial s'ha de produir «perquè hagi passat o estigui passant alguna cosa» i no «per veure què passa»— (Andrés Ibáñez, op.cit.), se suscita la qüestió de la durada de la detenció un cop practicada, qüestió que només pot tenir una resposta: el temps estrictament necessari perquè s'efectuï la posada a disposició. Per tant, un temps que no necessàriament ha de coincidir amb el requerit per a la conclusió de les diligències policials d'investigació —el ritme de les quals pot ser ben diferent— sinó que és suficient l'elaboració d'un atestat mínim per poder traslladar la imputació, sens perjudici, com és natural, de la remissió dels atestats ampliatoris que siguin pertinents en el decurs de la instrucció. Per tot això, és difícilment sostenible la necessitat d'un termini de setanta-dues hores quan del que es tracta és de conduir la persona detinguda a les dependències judicials, per a la qual cosa estímem més que suficient com a regla el termini de vint-i-quatre hores.

8.3 A les afirmacions anteriors es podria oposar l'argument que, en atenció a la naturalesa del fet, el jutge podria no estar en condicions de decidir sobre la posada en llibertat o presó provisional, però no hi ha dubte que les acusacions disposen del termini que la LECr atorga al jutge per decidir, setanta-dues hores (art. 499 LECr), a fi d'instar la pràctica de les diligències que condueixen a aquest efecte, de manera que la persona quedi, ara sí, imputada, detinguda però sota salvaguarda judicial.

## 9. LES DECISIONS POLICIALS EN MATÈRIA DE DETENCIÓ S'HAN D'EXPLICITAR MOTIVADAMENT EN ELS ATESTATS

9.1 La motivació de les decisions que impliquin l'exercici d'un poder és substancial a l'Estat democràtic de dret. Mitjançant aquesta motivació, com és tòpic afirmar, en exterioritzar el fonament de la decisió, es pot comprovar la raonabilitat i el grau d'ajustament amb l'ordenament jurídic i, per tant, fer un control ulterior no només per part dels òrgans de l'Estat sinó també per la pròpia ciutadania afectada directament o no per la decisió. L'article 54 de la LRJAP i PAC estableix que han de ser motivats, amb una referència succinta dels fets i els fonaments de dret, els actes que limitin drets subjectius o interessos legítims. Per tant, si l'Administració actua amb ple sotmetiment a la llei i al dret (art. 103 CE) ha d'aplicar la norma esmentada i, com que és indubtable que la detenció limita un dret fonamental, s'han de motivar les decisions que el restringeixen.

9.2 En conseqüència, els atestats han de reflectir específicament —fins i tot és convenient incloure-ho en una diligència ad hoc— no solament el fet de la deten-

ció sinó el supòsit legal que la fonamenta i la finalitat concreta que es persegueix amb aquesta mesura, no de manera estereotipada sinó fonamentat raonablement (fet que no exclou la menció succincta). Així mateix, s'han d'expressar les raons per les quals, un cop produït l'acte de la detenció, s'estima imprescindible el manteniment de la privació de llibertat fins a la posada a disposició judicial, ja que pot passar que en el decurs de la detenció decaiguin els motius que l'havien justificat (constància fefaent d'arrelament personal de la persona detinguda), encara que això seria poc probable si es té en compte la immediatesa amb què s'hauria de fer la posada a disposició judicial.

Amb aquesta obligació, en tot cas, es podria perfilar amb claredat meridiana si efectivament s'ha fet una detenció «a prevenció» o, al contrari, es tracta d'una detenció inicialment practicada o posteriorment mantinguda per pures raons d'ordre públic.

## 10. LES ALTRES PRIVACIONS DE LLIBERTAT

El sotmetiment a les diligències policials d'identificació, escorcolls i controls constitueix una privació de llibertat diferent de la detenció preventiva, que presenta un rellevant dèficit regulatiu contrari al dret a la seguretat individual (art. 17.1 CE) i al principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE).

10.1 De la doctrina del TS i el TC<sup>3</sup> s'extreu la conclusió següent. Les hipòtesis de requeriments per a la pràctica d'identificacions, escorcolls superficials i controls policials a la via pública o establiments oberts al públic no afecten el dret fonamental a la llibertat, sempre que aquestes «immobilitzacions» de persones siguin momentànies, proporcionades, necessàries i instrumentals per a tasques de prevenció o indagació d'infraccions penals. En definitiva, constitueixen un «sotmetiment no il·legítim des de la perspectiva constitucional, a les normes de policia» al qual una persona pot estar obligada «fins i tot en el decurs de controls preventius» (STC 107/1985 i 22/1988).

10.2 En canvi, si analitzem el supòsit previst en l'art. 20.2 LOPSC, el TC va afirmar que ens trobàvem davant d'un supòsit de privació de llibertat.

Aquest article preveu el requeriment policial al ciutadà per al seu acompanyament a dependències policials amb l'objectiu de fer-ne la identificació, quan es tracti d'una persona no identificada de la qual raonablement i fonamentadament es pugui presumir que estigui en disposició actual de cometre un il·lícit penal o que hagi comès ja una infracció penal o administrativa i, a més, que concorri la circumstància que la identificació no es pugui aconseguir per cap altre mitjà que no sigui la conducció a dependències policials.

3. ATS Sala II 1055/1996, de 3 de juny, FJ 2n, ATS Sala II 1179/1996, de 4 de juny FJ 5è, STS Sala II 525/2000, de 31 de març, STC 107/1985, de 7 d'octubre, FJ3r, STC 22/1988, de 18 de febrer, FJ1r, STC 341/1993, de 18 de novembre, FJ del 4 al 6.

En aquest cas, el TC ha sostingut que la mesura suposa «per les circumstàncies de temps i lloc (desplaçament de la persona requerida fins a les dependències policials pròximes en què hagi de romandre un temps imprescindible), una situació que va més enllà d'una mera immobilització d'una persona, instrumental de prevenció o indagació, i per això s'ha de considerar com una modalitat de privació de llibertat», fins i tot quan la persona afectada prestés el consentiment a practicar-la (STC 341/1993). En aquest sentit, es raona que atès que la desatenció al requeriment pot donar lloc a responsabilitats penals o administratives (art. 20.4 i 26.h) LOPSC), malgrat que l'actitud de la persona requerida que acata l'ordre policial expressa una voluntat, no es tracta necessàriament d'una voluntat lliure, ja que «no es pot parlar de lliure voluntat per excloure l'aplicació de l'article 17.1 CE quan una de les opcions que se li ofereixen a l'individu sigui jurídicament necessària i l'altra comporti, pel mateix cas, una contravenció». Per això, el TC conclou que en aquest cas ens trobem davant d'una modalitat autònoma de privació de llibertat, en la qual s'han de reconèixer alguns dels drets de l'art. 17 CE a la persona privada de llibertat. Concretament:

- a) el dret a ser informada de la raó de la privació de llibertat i dels drets que, com a privada de llibertat, l'assisteixen;
- b) el dret a no declarar, excepte amb relació als extrems necessaris per a la seva identificació;
- c) el dret que les diligències d'identificació no es perllonguin més del temps imprescindible.

10.3 L'examen dels supòsits previstos en la legislació vigent<sup>4</sup> revela com s'imbriquen, amb redacció ambigua, actuacions relatives a la prevenció i la investigació de delictes amb actuacions referents a la prevenció i la indagació d'infraccions administratives.<sup>5</sup> Això, si es parteix de la presumpció de la racionalitat del legislador, ens fa pensar que no es tracta d'un efecte casual sinó deliberadament perseguit, que permet als cossos policials, conscientment o inconscientment, emascarar la naturalesa de la seva actuació i sostreure's al control judicial.

10.4 Per aclarir aquest debat, a parer nostre, hem de partir de les premisses següents:

10.4.1 Malgrat la racionalitat de posicions doctrinals que parteixen de la premissa contrària (Portilla Contreras, 1991), entenem que la voluntat de la persona afectada no es pot admetre empíricament com a factor decisor per afirmar que no hi ha privació de llibertat quan no hi hagi alternatives segures a l'acatament de l'ordre policial. Per tant, havent-hi un alt grau d'incertesa sobre les conseqüències de

4. Fonamentalment, la LOPSC, la LOFCSE i el Text articulat sobre trànsit, circulació de vehicles de motor i seguretat vial i el Reglament general de circulació.

5. La lectura de l'art. 19 i, especialment, del 20 LOPSC és molt recomanable, ja que no aclareix el dubte sobre si es tracta d'actuacions que només es poden practicar en el marc de les funcions d'investigació de fets delictius o també per a la prevenció no només de delictes sinó igualment d'infraccions administratives.

la negativa a sotmetre's a la mesura de què es tracti, és qüestionable que en el moment de rebre l'ordre el subjecte tingui llibertat per abandonar el lloc on és.

10.4.2 L'afectació o no del dret a la llibertat no pot dependre de la legitimitat de l'acte. En aquest sentit també genera incertesa l'afirmació que, malgrat que l'article 17 CE atorga la llibertat d'abandonar el lloc on és el subjecte, el sotmetiment a un escorcoll a la via pública no afecta el dret sempre que sigui momentani, proporcionat, necessari i instrumental per a tasques de prevenció o indagació d'infraccions penals o administratives. I si l'escorcoll no reünís les condicions referides? Aleshores constituiria una privació de llibertat? No és contrari al paradigma interpretatiu en matèria de drets constitucionals sostenir que l'existència o no d'afectació al dret depèn de la legitimitat de l'acte?

És a dir, una detenció no deixa de ser-ho ni d'afectar el dret a la llibertat pel fet de ser legítima. Una altra qüestió diferent és que en la ponderació de valors en conflicte, s'estimi legítim el sacrifici de la llibertat.

10.4.3 L'escassa durada de la immobilització tampoc no pot servir per si sola de criteri diferencial, ja que o bé el subjecte es pot allunyar del lloc o bé no se'n pot allunyar, encara que pot servir per descartar els supòsits de bagatel·la. A aquests efectes, n'hi ha prou d'afirmar, per descartar els supòsits que necessàriament han de quedar fora de l'àmbit de protecció per la seva nimietat, que perquè puguem parlar de privació de llibertat la durada ha de ser prou llarga perquè el subjecte passiu, en aquell espai de temps, hagués pogut abandonar el lloc, com afirma Schmidhäuser.<sup>6</sup>

10.4.4 Per tant, serà la conjunció dels factors de voluntat condicionada i temporalitat en el sentit indicat abans la que permeti concloure que hi haurà una privació de llibertat sempre que el subjecte conminat per sotmetre's a la mesura de què es tracti manqui d'alternatives jurídicament segures a l'acatament de l'ordre i per això hagi de romandre en el lloc de què es tracti durant un temps prou llarg perquè el mateix subjecte, en aquell espai de temps, podria haver abandonat el lloc. La privació de llibertat, a més, serà il·legítima quan la decisió d'adopció o bé l'execució de la decisió no s'ajustin a la legalitat vigent.

10.4.5 Això remet al veritable problema: cal convenir, doncs, que ens trobem davant d'una situació molt anòmala ja que tenim una pluralitat de supòsits de privació de llibertat dispersos a la LOPSC, LOFCSE i LTSV, la regulació actual dels quals vulnera el dret a la seguretat individual i el principi de seguretat jurídica (llevat del cas analitzat en l'art. 20.2, ja analitzat per la STC 314/1993). En aquest sentit, sorgeixen diversos interrogants. Quins de la pluralitat de supòsits previstos en els esmentats textos legals constitueixen situacions de privació de llibertat i quins no? Quina finalitat legítima persegueixen els actes que constitueixen privacions de lli-

6. Citat per Montserrat de Hoyos Sancho (1998).



bertat, la investigació de delictes o també la seva prevenció i la de pures infraccions administratives? Com s'apliquen? Quins drets assisteixen les persones privades de llibertat en cada cas? A més, persisteix un altre dubte: què passaria si la persona afectada es nega a cooperar? Per tal com ja està privat de llibertat, caldria emprar la força indispensable o caldria convertir la inicial privació de llibertat en detenció? En quins casos pot passar aquesta transmutació?

10.5 Els interrogants són nombrosos, per això —constatat el dèficit regulatiu actual— considerem indispensable el desenvolupament legal adequat de les hipòtesis normatives i del seu règim jurídic mitjançant llei orgànica (art. 81 CE), per inserir-ho en dos textos separats: els supòsits vinculats al procés penal s'haurien d'ubicar a la seva seu natural, és a dir la LECr, i els que n'estan desvinculats, a la LOPSC. I això a fi d'evitar el risc ja al·ludit d'encobriments d'actuacions purament governatives amb el pretext d'actuacions d'investigació d'il·lícits penals. Pel que fa al tenor de les regulacions, oferim dues propostes per a la reflexió.

10.5.1 Pel que fa als drets reconeguts als subjectes afectats en els diversos supòsits de privació de llibertat

- a) El dret a no declarar ha de ser incondicional perquè el contrari cosifica la persona privada de llibertat i genera la temptació de recórrer a tècniques abusives per obtenir-ne informació. Per això no compartim la tesi del TC que en el supòsit de l'art. 20.2 LOPSC s'hagi d'excloure aquest dret.
- b) Sempre que en els supòsits a regular una persona privada de llibertat hagi d'acudir o romandre un temps, per curt que sigui, en dependències policials, el dret a l'assistència lletrada ha de ser inexcusable. Díez Picazo, en aquest sentit, aclareix que la previsió de l'art. 17 CE és diferent de la que fa l'art. 24 CE com a garantia del procés penal, per la qual cosa una i altra garantia d'assistència lletrada (una a la persona detinguda i l'altra a la imputada o acusada) compleixen funcions diferents. En el cas de l'art. 17 CE, l'objectiu primari de l'assistència lletrada és garantir que la persona detinguda no sigui objecte d'abusos, no pas preparar una defensa futura. Tampoc no compartim la tesi del TC que en el supòsit de l'art. 20.2 LOPSC s'hagi d'excloure aquest dret.
- c) El dret al procediment d'habeas corpus no ha d'oferir cap dubte en cap dels casos a regular.

10.5.2 Quant a la prèvia intervenció judicial, tal com succeeix en alguns supòsits previstos en el dret comparat (de Hoyos Sancho, 1998), caldria plantejar-se la possibilitat que per establir controls a les vies públiques amb l'objectiu d'identificar i escorcollar persones i vehicles, tret de raons fonamentades d'urgències que ho impedissin, fos necessària l'obtenció d'una resolució judicial autoritzant prèvia.

Es podrà dir que amb això es corre el risc d'incórrer en un vici reglamentista però considerem preferible assumir aquest risc que tolerar la situació actual d'incertesa, que estímem incompatible no solament amb el principi de seguretat jurídi-

ca sinó també amb el dret fonamental a la seguretat individual, ja que, com ha dit la STC 15/1986, aquest dret, amb una fórmula obligadament esquemàtica, equival a «certesa sobre l'ordenament jurídic aplicable i els interessos tutelats jurídicament».

## 11. ELS JUTJATS DE GUÀRDIA TENEN EL DEURE INEXCUSABLE DE REBRE LES PERSONES DETINGUDES QUE SE LI PRESENTIN DINS DEL SEU HORARI D'OBERTURA

### 11.1 ANÀLISI DE LA CORRECCIÓ DE L'ACTUACIÓ DELS ÒRGANS JUDICIALS EN MATÈRIA DE DETENCIÓ POLICIAL

Ara canviem de perspectiva. Cal recordar que dels art. 497 i 499 LECr es desprèn que el jutge, després de practicar, si escau, les primeres diligències, haurà d'elevat la detenció a presó o bé decretar la llibertat de la persona detinguda en el termini de vint-i-quatre hores a comptar des que li haguessin entregat.

De la lectura dels preceptes esmentats i de la doctrina en matèria de detenció policial fins ara exposada es pot decantar el principi que, per analogia amb les hipòtesis de detenció policial, s'estableixen dos terminis perquè el jutge rebí declaració de la persona detinguda i adopti la decisió corresponent en matèria de situació personal. Un, absolut de setanta-dues hores, i l'altre relatiu, consistent en el temps imprescindible. Aquests terminis s'han de computar des de la posada a disposició judicial (segons s'expressa a l'art. 17.1 CE) o des de l'entrega de la persona detinguda al jutge (d'acord amb els art. 496 al 500 LECr).

### 11.2 QUAN S'ENTÉN PRODUÏDA LA POSADA A DISPOSICIÓ JUDICIAL?

Això remet a un altre problema. S'ofereixen dues opcions: o bé considerar que té lloc mitjançant la comunicació al jutjat, per qualsevol mitjà del que quedi prou constància, del fet que s'han conclòs les diligències policials, cosa que desplaça la decisió al jutge sobre el moment temporal en què s'hagi de produir l'entrega material de la persona detinguda, o bé entendre que es produeix mitjançant l'entrega física de la persona detinguda a les dependències judicials.

Hi ha arguments sòlids que militen a favor de la primera tesi. Així, si la posada a disposició judicial té un objectiu concret —l'audiència de la persona detinguda—, si aquesta no és possible immediatament, no hi ha posada a disposició. Des d'una altra òptica, si s'admet la possibilitat de posada a disposició purament formal, es correria el risc de consagrar extensions indegudes del termini màxim de detenció policial de setanta-dues hores, perquè de fet la persona detinguda seguirà estant sota la custòdia de la mateixa autoritat que l'ha detingut més enllà del termini esmentat i fins i tot amb la possibilitat de perllongar-la fins a setanta-dues hores més (art. 497 i 499 LECr). A l'últim, una interpretació sistemàtica exigeix aquesta intelecció, ja que si la garantia institucional que implica el procés d'habeas corpus té per objecte la presentació de la persona detinguda davant del jutge, això és signe que posada a disposició i entrega física són termes equivalents.

En la mateixa direcció es pronuncia de manera unànime la jurisprudència constitucional, llevat de la STC 21/1997, de 10 de febrer, que en el FJ 4t diu:

...el sentit i la finalitat d'aquesta exigència constitucional no requereix incondicionalment la presència física de la persona detinguda davant del jutge —encara que això ha de constituir la forma normal, perquè implica més garantia de la persona detinguda— sinó que la persona privada de llibertat, transcorregut el termini de les setanta-dues hores, no continui subjecta a les autoritats que han practicat la detenció i quedi sota control i decisió de l'òrgan judicial competent, garant de la llibertat que l'article 17.1 reconeix.

Tanmateix, no es pot eludir l'excepcionalitat del cas examinat per l'alt tribunal.<sup>7</sup> La mateixa Sentència així ho reconeix quan indica que la presència física de la persona detinguda davant del jutge ha de ser la forma normal, perquè implica més garantia, de la qual cosa es pot concloure que l'alt tribunal parteix de la «concepció material» que hem anat postulant.

D'acord amb tot l'exposat, cal esmentar a més la Decisió del Tribunal Europeu dels Drets Humans (TEDH) de 12 de gener de 1999, sobre el cas Rigopoulos contra Espanya, en la qual en relació amb el mateix cas va declarar la inadmissibilitat de la demanda interposada per un dels tripulants, en la qual s'al·legava la violació de l'article 5.3 del Conveni Europeu dels Drets Humans (CEDH):

Tota persona detinguda preventivament haurà de ser conduïda sense dilació a presència d'un jutge o una altra autoritat habilitada per la llei per exercir poders judicials i tindrà dret a ser jutjada en un termini raonable o a ser posada en llibertat durant el procediment.

El Tribunal va considerar que si bé a primera vista el termini de setze dies que va durar la privació de llibertat fins a l'entrega física de la persona detinguda al jutge no semblava conforme amb la noció de «conduïda sense dilació» de l'art. 5.3 CEDH, podia ser que circumstàncies absolutament excepcionals poguessin justificar un retard d'aquesta naturalesa, la qual cosa s'havia d'examinar en cada cas i es va arribar a la conclusió que, en el supòsit enjudiciat, valorant les circumstàncies concurrents, no es podia considerar sobrepassat el marc temporal establert a l'art. 5.3 CEDH.

11.3 Això ens porta a analitzar la possibilitat que assisteix el jutge de refusar amb causa legítima la posada a disposició i impedir que aquesta tingui lloc, la qual cosa ens remet a examinar els horaris d'obertura dels jutjats de guàrdia i a la regu-

7. Abordatge en alta mar, amb autorització judicial prèvia, d'un vaixell per part del Servei de Vigilància Duanera el 23 de gener de 1995, en el qual es van ocupar dos mil quilos de cocaïna i es va detenir la tripulació, amb la particularitat que al cap de tres dies, davant de la circumstància que el vaixell havia de ser conduït a les Illes Canàries, on encara trigaria uns dies a arribar, el jutge central d'instrucció, després dels tràmits oportuns, va dictar interlocutòria de presó provisional, atesa la impossibilitat d'entrega física de les persones detingudes en el termini legal.

laritat dels anomenats protocols expressos o tàcits en matèria de conduccions policials i torns de detinguts.

11.4 En tres interessants resolucions<sup>8</sup> dictades per via d'empara en resoldre uns recursos deduïts davant d'interlocutòries de denegació d'incoació del procediment d'habeas corpus, l'alt tribunal ha assentat el principi que l'existència dels protocols esmentats «no pot justificar un allargament desproporcionat del període de detenció, un cop declarada la conclusió de les investigacions policials». Es tractava, de fet, de supòsits en què per no entrar en el torn corresponent després de la conclusió de les diligències policials (generalment, un únic torn de matí, a les nou), la persona detinguda romanía privada de llibertat fins al dia següent a les nou del matí. L'alt tribunal no ha afrontat encara, al contrari, la compatibilitat entre els art. 17.2 CE i 184.1 LOPJ («tots els dies de l'any i totes les hores seran hàbils per a la instrucció de causes criminals») i les disposicions del Reglament 1/2005 reguladores del servei de guàrdia dels òrgans jurisdiccionals en matèria d'horaris d'obertura dels òrgans judicials.

En el fons es tracta d'encarar la qüestió de què passa en l'espai de temps que hi ha entre la conclusió de les actuacions policials —expressada normalment mitjançant una diligència de tancament de l'atestat— i l'entrada de la persona detinguda a la sala o el despatx judicial en què ha de prestar declaració. Dit d'una altra manera, com es distribueixen els riscos derivats de la perllongació de la custòdia policial sobre la persona detinguda un cop han conclòs les diligències policials? I què passa amb el dret fonamental en joc?<sup>9</sup>

11.5 A parer nostre, de l'examen de la normativa vigent, praxi judicial, i de l'aserció jurisprudencial del fet que no hi ha justificació en aquests casos com perquè hi hagi allargaments desproporcionats del període de detenció, s'extreuen les conseqüències següents:

- a) Un cop concloes les diligències policials, la persona detinguda té dret a ser posada immediatament a disposició judicial.
- b) Només unes circumstàncies molt raonades poden justificar el rebuig del sistema judicial a l'esmentada posada a disposició, sempre que això no suposi la vulneració del límit màxim de setanta-dues hores establert a l'art. 17.2 CE.
- c) Entre aquestes circumstàncies hi ha els horaris d'obertura dels jutjats de guàrdia. En aquest sentit, el Reglament 1/2005 dels aspectes accessoris de les actuacions judicials estableix, a l'efecte que ens ocupa, tres tipologies de prestació del servei de guàrdia:

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

9. Instrucció 12/2007 de la Secretaria d'Estat de Seguretat sobre els comportaments exigits als membres dels cossos i les forces de seguretat per garantir els drets de les persones detingudes o sota custòdia policial. La regla segona recorda que quan, finalitzades les diligències, concorrin circumstàncies que exigeixin —sense esgotar el termini de setanta-dues hores— retardar el moment de posar físicament la persona detinguda a disposició judicial, s'actuarà sempre sota les instruccions d'aquest, fent-les constar per diligència, igual com qualsevol altra eventualitat, de tal manera que sempre quedi constància detallada de l'ús del temps en què la persona detinguda ha estat sota custòdia policial.

- partits judicials amb trenta-tres o més jutjats d'instrucció, en els quals el servei comença cada dia a les nou del matí i s'allarga ininterrompudament durant vint-i-quatre hores;
- jutjats únics, en què el servei de guàrdia és permanent i es presta durant la jornada diària de treball;
- altres jutjats, en què el servei es presta amb periodicitat setmanal, en règim de jornada partida, de nou a dues al matí i de cinc a vuit del vespre, de dilluns a dissabte; els diumenges i dies festius és de deu a dues.

Per tant, atès que el servei de guàrdia té, entre altres objectius, «l'adopció de les resolucions oportunes sobre la situació personal de qui sigui conduït com a detingut a presència judicial» (art. 42 del Reglament 1/2005), la persona detinguda té dret com a mínim a passar a disposició judicial dins del període de guàrdia de cada jutjat.

- d) Els protocols en matèria de conducció de persones detingudes tenen com a objectiu establir la coordinació convenient de l'actuació dels cossos de seguretat i els jutjats de guàrdia, però els torns de conduccions no permeten rebutjar la posada a disposició judicial d'una persona detinguda que, per les raons que siguin, quedés fora del torn corresponent, ja que, en paraules del mateix fiscal davant del Tribunal Constitucional en una de les sentències esmentades:

L'única causa que va poder justificar que es demorés la posada a disposició judicial del detingut és que l'organització del servei del jutjat de guàrdia i la de les conduccions de detinguts des de les dependències policials fins al jutjat de guàrdia determinessin que els trasllats es fessin abans de les 14 h de cada dia, per la qual cosa, conclos l'atestat a aquella hora, la conducció del detingut s'havia de fer a l'endemà. Però, fins i tot donant per fet que això sigui cert, no es pot considerar que, com a conseqüència de l'esmentada organització dels serveis del jutjat de guàrdia i de les conduccions policials, es pugui justificar la perllongació d'una detenció preventiva, perquè aquesta limitació no es preveu en l'art. 17 CE ni en la legislació dictada en el seu desenvolupament.

11.6 Per tancar aquest apartat, volem remarcar que, independentment de l'adscripció a una o altra opció interpretativa (posada a disposició material o posada a disposició formal —de fet, també hi ha arguments que donen suport a aquesta segona tesi com el qüestionament tècnic de l'asserció que el sistema pugui rebutjar la posada a disposició judicial, objecció que mai es plantejaria en l'anomenada tesi formal—), el que és rellevant és la inexcusable obligació que pesa sobre l'òrgan jurisdiccional de rebre les persones detingudes sempre que siguin presentades dins de l'horari d'obertura del jutjat de guàrdia, perquè seria paradoxal exigir agilitat en l'actuació a les forces i els cossos de seguretat per reduir el període temporal de privació de llibertat, per tolerar extensions injustificables del

termini de detenció imputables exclusivament als òrgans judicials encarregats, per definició, de vetllar per la salvaguarda dels drets fonamentals.

## 12. EL PROCEDIMENT D'HABEAS CORPUS ÉS EL PILAR ESSENCIAL DE LA REGULARITAT D'UN SISTEMA JURÍDIC QUE ADMET DETENCIONS PREVENTIVES

12.1 Concloem aquest article afirmant la decisiva importància del procediment d'habeas corpus per al funcionament correcte del sistema.

12.2 Si hem afirmat, entre altres coses, que:

- a) els supòsits de sotmetiment a diligències policials d'identificació, escorcolls superficials i controls a les vies públiques constitueixen supòsits de privació de llibertat;
- b) la detenció preventiva només pot tenir com a objectiu legítim la posada a disposició judicial;
- c) la posada a disposició no justifica en general extensions del termini de detenció preventiva superiors a les vint-i-quatre hores;
- d) hi ha un deure judicial d'admetre la posada a disposició dins dels horaris d'obertura dels jutjats.

El remei més eficaç per posar acotament a eventuals infraccions dels principis esmentats i, alhora, protegir d'arrel el dret fonamental a la llibertat i la seguretat, és precisament el procediment d'habeas corpus, ja que altres opcions, com el recurs a la via penal davant dels possibles responsables de privacions il·lícites de llibertat, actuen a posteriori, per la qual cosa si bé poden reparar el dany causat, manquen en si mateix d'eficàcia protectora immediata del dret.

12.3 Al contrari, en la pràctica es constata la infrautilització del procediment, no tant per absència de peticions sinó per la viciosa pràctica judicial de la inadmissió a limine del procediment, en flagrant i incomprensible vulneració de la consolidada i arxiconeguda doctrina del Tribunal Constitucional sobre aquest particular.

12.4 Deixem tan sols apuntada aquí la qüestió, però reiterem un cop més la seva importància com a vàlvula de seguretat del sistema de protecció de la llibertat individual, com recorda l'exposició de motius de la Llei orgànica 6/1984, la gran desconeguda.

## REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES

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, març de 1991.

- ASENCIO MELLADO, J.M. «La libertad de movimientos como derecho fundamental». *Manuales de formación continuada*, núm. 22. Consell General del Poder Judicial, 2004.
- JORGE BARREIRO, A. «La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (I)». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 51, noviembre de 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 i sq.
- HOYOS SANCHO, M. de. *La detención por delito*. Aranzadi Editorial, 1998.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. «Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consell General del Poder Judicial, 1996.
- PORTILLA CONTRERAS, G. «La lógica del sospechoso». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 12, gener de 1991.
- «Identificaciones, controles, cacheos policiales y otros «entretenimientos» de la libertad». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 26, juliol 1996.