

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE DETENCIONES ILEGALES (arts. 184, 186 y 194 CP) (*)

JOAN J. QUERALT

SUMARIO: I. *Concepto de detención preventiva*. II. *La imposibilidad constitucional de la detención gubernativa*. III. *Justificación del planteamiento constitucional*: 1. La letra del art. 17.2 CE. 2. Confirmación sistemática: a. La gravedad de la infracción penal y de la administrativa. b. El abono de la detención preventiva (artº 33 CP). c. El orden público como argumento retórico. d. La no detención, como regla general, por faltas criminales. e. La perspectiva material. 3. Consecuencia. IV. *Formas y requisitos de la detención preventiva*: 1. Oportunidad: a. Procedencia/dañosidad mínima. b. La preparación del agente. 2. Formalidades: a. Derecho a ser informado del hecho motivador de la detención. b. Lectura de derechos del detenido y respeto de los mismos. c. Compensación de facultades particulares/acusador. d. El límite de las 72 horas. e. El artº 496 LECr. V. *La retención*: 1. Su reconocimiento. 2. Su valoración legal: su delictuosidad. 3. Su dañosidad para los derechos del detenido. VI. *Las redadas; su ilegalidad*. VII. *Consecuencias jurídico-penales*: 1. Planteamiento. 2. Responsabilidades: a. Disciplinaria. b. "habeas corpus". c. Responsabilidad penal: detenciones ilegales e impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. d. La detención inicialmente lícita que deviene ilícita. VIII. *Corolario*: Inexistencia de un deber de dejarse detener.

Cada vez cobra mayor interés el estudio de las figuras delictivas en que pueden incurrir -y de hecho incurren- los funcionarios públicos. Tanto en la esfera de la corrupción administrativa como en la de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos se centra una buena parte de la óptica de la doctrina y de la

(*) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante el 20.5.1986. Dado el carácter del trabajo, que se refiere aquí con el mismo formato, el lector interesado podrá encontrar las oportunas referencias bibliográficas, de este y temas en él emparejados, en mi *El policía y la Ley*, Barcelona, 1986.

práctica. Ello es consecuencia de la entrada tanto sociológica como jurídicamente en el Estado democrático de Derecho; es decir, en un Estado que pretende, con mayor o menor acierto, hacer de sus planteamientos normativos realidades aceptablemente visibles para todos.

En este contexto cobran nuevas dimensiones los análisis de los tipos penales. Y muy especialmente aquellos que contienen los llamados elementos normativos, es decir, aquellos preceptos, que, como sabemos, remiten a otro horizonte legislativo alguno de sus elementos constitutivos. Para lo que a nosotros nos interesa aquí, y durante los próximos minutos, la nota de 'ilegalidad' de la detención.

El que un elemento del tipo deba ser establecido en cuanto a su contenido acudiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico es, como sabemos, algo frecuente y es un tributo necesario e imperioso que impone una técnica legislativa depurada. Y al ser este elemento típico uno normativo-jurídico, su estudio impondrá el de otros sectores de nuestro Derecho que, además, han experimentado una positiva evolución en los últimos tiempos, pero que aún no han sido definitivamente perfilados por las doctrinas de sus ámbitos de procedencia. Este hecho reviste para el jurista tanta incertidumbre como apasionamiento, pues puede conformar con bastante libertad el tipo de que se trata. Por ello vamos a introducirnos en las regulaciones constitucionales y procesal-penales y administrativas, a fin y efecto de establecer el núcleo íntimo de la nota de ilegalidad en la detención practicada por funcionario público.

I. Toca aquí analizar la *detención como práctica policial básica*. Por detención ha de entenderse cualquier privación de libertad que sufre un sujeto, cualquiera que sea la causa, privándole de su libertad de movimientos, ya sea encerrándolo en un lugar o no dejándole salir de él o inmovilizándolo. Desde el punto de vista policial y procesal la detención es una medida cautelar y provisional. *Cautelar* porque se adopta por creer que el detenido tiene implicaciones en la realización de un hecho delictivo y que, debido a que puede imputársele, cabe la posibilidad de que huya o no se presente ante las autoridades correspondientes cuando sea emplazado en el curso de la investigación policial o judicial o para presentarse al correspondiente juicio. Es *provisional* porque, basada la detención por regla general en la *sospecha*, ésta puede desvanecerse en cualquier momento, ya desapareciendo en su totalidad o por revestir el hecho o la participación del detenido en el mismo menor gravedad de la que permite, e incluso obliga, la detención; también se entiende que es provisional en el sentido de que ha de ser confirmada dentro de los plazos legales por la autoridad judicial: o lo que es lo mismo *no es una medida definitiva*, pues este carácter sólo lo tiene la pena privativa de libertad, es decir, la pena de cárcel.

Conviene tener claro ya desde este momento que la detención objeto de nuestro estudio es la que lleva a cabo la policía antes de poner a disposición de la autoridad judicial la persona o personas de los detenidos. No se trata, pues, de la detención ordenada por el juez o el fiscal con ocasión de unas actuaciones propiamente procesales. Hablamos, en suma de la *detención preventiva*, por oposición a la detención provisional ordenada por la autoridad judicial. En ésta, la ini-

ciativa de la actuación está en la esfera del ordenante judicial, corriendo únicamente por cuenta de la policía la realización material de la detención sin, por regla general, entrar a ponderar más que cuestiones atinentes a la competencia propia y del ordenante y la observancia de las formas en la emisión del mandamiento y en la ejecución material misma de la detención.

II. En este terreno, como en otros muchos de los que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, la Constitución ha venido a resituar los planteamientos tradicionales, mejor dicho, a corregir severamente las prácticas de la dictadura, que en algunos casos pudieran haberse tenido por políticamente neutras y a confirmar lo mejor de nuestra tradición legislativa liberal.

Así, el artº 17 CE estatuye:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

2. La detención preventiva no podrá durar más tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Del tenor literal de la última línea del primer párrafo de este precepto cabría derivar lo siguiente: como en otras muchas áreas, la Constitución asume los contenidos y planteamientos legales, pues no otra cosa cabría deducir de la expresión “en las cosas y en la forma previstos en la Ley”; únicamente cabría considerar que la Magna Carta se limita a innovar, de la mano de la frase “con la observancia de lo dispuesto en este artículo”, las *formalidades* de la detención, es decir, añadir a la detención lo que pudieramos llamar la “lectura de sus derechos al detenido”. Esto ya sería un adelanto significativo con respecto a la práctica anterior, profundamente antidemocrática y atentatoria contra los más elementales derechos de la persona.

Según este planteamiento, mantendría perfectamente su vigor el sistema de detenciones que existía antes del 29.12.1978, es decir, detenciones en sede gubernativa y detenciones en sede criminal: se detenía por haberse cometido pre-

suntamente infracciones administrativas (desde infracciones al Código de Circulación a infracciones de contrabando o contra el orden público) y se detenía por haberse cometido presuntamente hechos criminales (faltas y delitos contenidos en el Código penal y en otras leyes penales).

Tras la vigencia de nuestra Constitución el sistema ha cambiado, según mi criterio, radicalmente. *Sólo se puede detener por razón de la comisión de un hecho criminal*, es decir, en tanto que policía judicial. Por meras infracciones administrativas y aunque se prevea en una ley formal, la Administración ha quedado desposeída de su anterior potestad de detener para preservar su esfera jurídica. Este cambio, que se intenta justificar a continuación, no es de extrañar. Por una parte, no ha de olvidarse que la Constitución incidió directamente sobre una situación fáctica y jurídicamente pervertida: el ordenamiento jurídico de una dictadura. Por otra parte, existe un factor innovador: el artº 25.3 CE prohíbe taxativamente las sanciones administrativas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Es lógico suponer que si se ha prohibido lo más (el castigo) esté también prohibido lo menos (la detención). Sobre este argumento habrá que volver más tarde.

III. ¿Cómo justificar, pues, la supresión de la posibilidad de detención a los estrictos fines gubernativos, es decir, aquella detención que por la naturaleza administrativa de los hechos que la suscitan está destinada a no acabar en un proceso criminal? Veamos:

1. La libertad ambulatoria, que es la protegida en el artº 17 CE, es un todo. Su privación constituye una vulneración injustificada de dicho derecho si no se efectúa de acuerdo a la Constitución y las leyes. ¿Y qué dice la Constitución? En la expresión final del párrafo segundo del citado precepto encontramos la clave de la nueva construcción: “el detenido (preventivamente) deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Es decir, que se detiene a un sujeto por considerarlo incurso en alguno de los supuestos previstos por las leyes; ¿para qué se le detiene?, pues “para la realización de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”; o lo que es lo mismo para comprobar la relevancia jurídica de la presunta infracción y/o para determinar la relación del detenido, que sólo sospechamos, con los hechos. Dicho de otro modo: la investigación parte de una sospecha que la investigación ha de corroborar y en la que la detención puede jugar en algún momento un papel importante. Si la sospecha no se confirma, procede el archivo de las diligencias y la puesta en libertad del detenido, si ha habido alguno. Si la sospecha se confirma, procede la inmediata puesta a disposición judicial de las personas detenidas, de los eventuales efectos adjuntándose el correspondiente atestado (arts. 292-294, LECr, 11 g,) LOFCS. De todo ello, ¿qué se desprende? Se desprende que *el destinatario final de las investigaciones, si son positivas, es el juez penal* (e incluso, si no lo son: artº 295 LECr). ¿De qué causas entiende el juez penal? Entiende del enjuiciamiento de delitos y faltas, es decir de infracciones del ordenamiento jurídico que están sancionadas con penas, es decir, con castigos que merecen, de acuerdo a las leyes, tal nombre. Y las infracciones administrativas no están sancionadas con penas, el

procedimiento para su imposición es diverso al criminal y no interviene juez o tribunal alguno en su tramitación.

Conclusión: la detención preventiva que regula la Constitución en su artº 17 CE es la detención de que deriva de la sospecha o certeza de la perpetración de un hecho punible: en cambio, ni en este precepto, ni en ningún otro pasaje del texto constitucional se contempla alguna otra privación preventiva de la libertad que pueda llevar a cabo la policía para la investigación de infracciones administrativas.

2. Estas consecuencias se ratifican plenamente en atención a una consideración global de lo que supone la irrupción de la Constitución en el ordenamiento jurídico español y de las necesidades y planteamientos políticos y sociales que la alumbraron. Así:

a. es lógico que la Administración no pueda detener a particulares para la investigación de infracciones administrativas, aunque la infracción y la posibilidad de detención estén contempladas en leyes formales, que por lo que alcanzo a ver sólo son preconstitucionales. En efecto, si las conductas infractoras de normas se agrupan en administrativas y criminales, comportando ello diversidad de procedimientos, diversidad de órganos sancionadores y diversidad en la naturaleza de las sanciones en juego, y teniéndose, por norma general, de mayor gravedad la sanción criminal, es decir, la que impone el juez penal, es lógico reservar únicamente para aquella un inicio del procedimiento -la detención- más grave que el que corresponda iniciar por una infracción gubernativa.

b. en esta línea de razonamiento, es perfectamente coherente el sistema sancionador, coherencia que se perdería -no olvidemos que hablamos del Derecho de un Estado social y democrático de Derecho- si se permitiera la detención preventiva administrativa. ¿Por qué se perdería la coherencia? Pues bien sencillo: de acuerdo al artº 33 CP el tiempo de prisión preventiva (incluido desde el momento de la detención o cualquier otra privación de libertad) *se abona en su totalidad para el cumplimiento de la condena*. Así lo ha entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; y, además, este criterio ha sido ratificado por el reciente artº 27 CPM. La eventual detención por causa gubernativa no puede, ahora, abonarse a ninguna condena o sanción, puesto que el artº 25.3 CE, como vimos, impide a la administración civil la imposición directa o subsidiaria de sanciones que impliquen privación de libertad. De permitirse lo que aquí se niega en atención a la cabal redacción constitucional resultaría que:

-estaría más robustecida la actuación de la administración, pues en ningún caso, procedería el abono de las hasta 72 horas de detención,

-así, se vulneraría la prohibición constitucional y, de hecho, la Administración civil impondría *sanciones privativas de libertad sin control alguno*.

c. El interés tradicional de la Administración ha sido, aquí y fuera de aquí,

reservarse la actuación sobre la conservación del orden público; para ello, la detención de los infractores (artº 12 LOP) hasta 72 horas es un medio idóneo, desde una perspectiva autoritaria. Perspectiva autoritaria que, además, justifica la pérdida de libertad individual -pues el detenido puede ser puesto en libertad sin cargos y sin explicaciones- por el mantenimiento de un concepto que, como el orden público, reviste múltiples acepciones, según el sector en que se aplique, no gozando ni de unanimidad sobre su alcance ni de justificación alguna de sus manifestaciones.

d. Desde una *perspectiva material*, tal como sostiene la mayoría de la doctrina y puede inferirse de la posición del Tribunal Constitucional, no existe una diferencia cualitativa, sino cuantitativa entre las faltas criminales (las contenidas en el CP) y las infracciones administrativas. Corrobora este hecho la intercambiabilidad de algunas de ellas. Y también el que no tendría sentido la división de poderes si a la Administración se le reservara la posibilidad de sancionar las conductas que quisiera, salvo aquellas faltas de 'policía y buen gobierno'. En este contexto tiene sentido el que el artº 495 LECr prohíba, como regla general, la detención por la comisión de una falta; excepcionalmente puede practicarse, si el presunto infractor no se identifica, no tiene domicilio conocido y no presta caución bastante a juicio del detenedor. Pues bien, si la regla general es la no detención por la comisión de faltas criminales, no parece lógico que sí proceda por la comisión de infracciones administrativas que, como queda dicho, se sitúan por debajo de los delitos y al mismo o más bajo nivel que las faltas penales. Si la Administración se ha reservado el castigo de conductas que merezcan ser tratadas como delitos es algo, en un Estado de Derecho, ilícito y con tal desaguisado deberá pechar quien así reguló tal tema.

e. Ello no supone dejar desprovista de protección a la Administración, o no más que al resto de los entes públicos o privados. Porque, o una de dos: o los atentados contra el orden público son tan graves que ya revisten caracteres delictivos de acuerdo a las leyes penales y deben seguir su mismo procedimiento o se trata de infracciones gubernativas de poca monta que, en tal caso, no justifica la adopción de una medida cautelar, pero tan efectiva, como la de la detención preventiva. Si comparamos los arts. 1 y 2 LOP veremos que son una reiteración de preceptos penales, lo cual ha sido siempre criticado. Este no es momento de recordar las críticas ni de recordar las razones institucionales -la desconfianza del franquismo respecto de amplios sectores del Poder Judicial-, pero sí es momento de hacer esta precisión.

3. De acuerdo con este planteamiento que se estima correcto, por derivarse del ordenamiento constitucional y por casar plenamente con el Derecho policial de un Estado Social y democrático de Derecho, se impone una consecuencia: la detención meramente administrativa ha dejado de existir en nuestro Derecho positivo; y, además, cualquier intento de revivirla por vía de ley formal sería *inconstitucional*. Y la realización de tal práctica sería *punible* a tema del primer supuesto del artº 184 CP.

IV. Establecido que sólo procede la detención preventiva por causa de delito o falta, debe ahora pasarse al estudio de las formas que la detención debe revestir y de los efectos jurídicos que dicha práctica tiene aparejados, según se desarrolle la actividad policial. Este examen indicará cuándo la inobservancia de tales requisitos comporta una infracción penal.

1. Si la detención preventiva sirve a los fines de la investigación, es decir, del esclarecimiento del delito o falta, la detención debe producirse en el *momento oportuno*, del modo menos lesivo para el sujeto y revestida de serie de imprescriptibles formalidades legales (artº 520.1 LECr).

a. En cuanto a la oportunidad, en tanto que facultad de arbitrio de los funcionarios nada puede decirse aquí, salvo que, en muchas ocasiones, la detención, al igual que la confesión, no son los medios de averiguación más idóneos. Ha de recordarse que, junto a esos fines, la detención preventiva sirve también de *aseguramiento* de las personas implicadas y mientras no se sientan implicadas, su no detención no ha de perjudicar necesariamente la investigación. Todo estará en función de las características que el hecho revista y la policía, por su preparación profesional, es quien está en mejores condiciones para apreciar el momento y la procedencia de llevar a efecto de práctica de tal actividad. En todo caso, la diligencia, atendidas las circunstancias del detenido y del hecho, han de serle al sujeto lo menos gravosa posible (artº 520.1.1 LECr). Este principio de dañosidad *mínima* incluye los nocivos efectos que la detención puede tener en su reputación que, también en la medida de lo posible, deberá ser resguardada.

b. En frase feliz, la doctrina alemana, considera que la detención óptima es aquella que consigue hacer que el sujeto a detener le sea imposible el ataque y la huida; en castellano se ha traducido por dejar al sujeto a detener 'fuera de combate'. Si a ellos añadimos que, por imperativo legal, al detenido se le ha de poner a disposición judicial o dejarlo en libertad, veamos que tal 'fuera de combate' no puede ser ni duradero ni mucho menos radical.

De nuevo, aquí también, la preparación física y humanística de los funcionarios policiales resulta primordial. Un agente medroso -al que no se le ha enseñado a dominar el miedo, lógico por otra parte- o mal preparado físicamente tenderá a utilizar su arma de fuego con mayor prontitud y menos precisión que un policía mentalmente equilibrado y en estado físico adecuado a la realización de sus funciones: podrá emprender una carrera tras el delincuente o evitar una reacción violenta de éste.

Por ello, cuando para proceder a la detención debe recurrirse a la utilización de la fuerza, ésta ha de ser verificada de acuerdo a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del modo más estricto. Sobre este particular no podemos extendernos aquí; pero ha de ponerse de relieve. Digamos, aquí, que la *dignidad de la persona* ha de quedar a salvo en todo momento: los tratos inhumanos o degradantes, sea cual fuere o hubiere sido el comportamiento del detenido, no justifican ni las sevicias ni violencias innecesarias cuando ya está inmovi-

lizado. Ha de recordarse que, por su diversidad de funciones, la actuación policial no es ni en cantidad ni en calidad un adelanto de la eventual pena que pueda imponer el juez al presunto delincuente. El policía no debe infligir maltrato alguno (el maltrato empieza cuando deja de ajustarse a los parámetros aludidos) al detenido.

No es infrecuente, el que el detenido, ya desde el momento en que va a ser o es aprehendido por los funcionarios, profiera toda clase de insultos y se resista a ser detenido. Ni esos insultos ni esa resistencia es constitutiva de infracción mientras no se dañe la integridad física de los agentes o se la ponga en peligro. Es más, incluso en los hechos más graves (abrirse el delincuente paso a tiros para romper el cerco policial), no es juzgado por tantos intentos de asesinato o de lesiones como disparos, sino sólo por los hechos por los que fue cercado y posteriormente detenido. Ello significa que, hasta cierto punto, el legislador y el juez comprenden el deseo de permanecer en libertad inherente a todo ser humano; a la misma conclusión debe llegar el policía. Así, si por regla general, aplicable a los Derechos civilizados, sólo se contabilizan penalmente las agresiones efectivas y no los intentos -intentos que en otros contextos se castigaría-, es algo que nos debe hacer reflexionar sobre la procedencia de enjuiciar y punir los excesos verbales contra los funcionarios.

2. La detención tiene que ir acompañada de unas mínimas formalidades jurídicas, cuya ausencia engendraría el delito de detención ilegal (artº 184 CP), o el de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos (artº 194 CP).

a. En primer lugar, en el acto de la detención se informará al detenido “de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención” (arts. 17.3 y 520.2 CE).

Desde una perspectiva lógica el detenido debe ser informado primero, en el momento de proceder a la detención, del hecho de que se le imputa y de los derechos que le asisten; ésta es la regulación positivada en el artº 520. 1 LECr. El hecho debe ser concreto y no genérico; tiene que señalarse también el grado de participación en que se le considera incurso. Como sabemos, si la sospecha es razonablemente sustentable en el momento de la detención por la información de que dispone la policía, poco importa que las investigaciones posteriores, policiales o judiciales, demuestren lo contrario o descubran algo distinto, incluso si se llega al convencimiento de la inocencia del sujeto en cuestión.

La obligatoriedad de tal información se apoya en una razón importante: en un Estado no autoritario se considera necesario que todo sujeto pueda preparar su defensa ante una acusación de los poderes públicos, que son siempre más fuertes que él; y se le otorga esa posibilidad aún sabiendo que el detenido puede urdir una brillante mentira; para deshacerla están la Policía, el Ministerio Fiscal y los Tribunales.

b. Debe procederse, acto seguido, a lo que se denomina "lectura de derechos". ¿Cuáles son éstos? El texto constitucional calla o, más exactamente, no ofrece una relación precisa de tales derechos; pero tanto de la Constitución como de las leyes procesales (artº 520.2 LECr) cabe extraer un listado efectivo, es decir, de obligado cumplimiento. El primer derecho es el de permanecer callado, como disponen los arts. 17.3 CE y 520.2 a) y b) LECr. Este derecho a no declarar supone, también, el de no declarar contra sí mismo ni declararse culpable (arts. 24.2 CE y 520.2, b) LECr). No se olvide que la confesión del presunto culpable no exime al juez de investigar los hechos (artº 406 LECr); el proceso penal pretende la obtención de la verdad material y, como demuestra la experiencia, la confesión puede ser mentira; de ahí la poca fiabilidad de la declaración del detenido. No se olvide, por otro lado, que todas las diligencias policiales se plasman en el atestado y éste tiene legalmente el valor de una denuncia (artº 297.1 LECr); y así ha sido reconocido por el TC (s. 29-7-1981).

El derecho a permanecer callado impone a la Policía el deber de no obligar a declarar; pero se puede invitar a declarar al detenido, dados unos requisitos legales a los que más abajo pasaremos revista. El derecho a permanecer callado y a no ser compelido a declarar, era ya reconocido por la LECr. desde su promulgación, pero sólo ante el juez (artº 392). El detenido tiene derecho, declare o no declare, a comunicarse personalmente con su abogado, una vez finalizado el (infructuoso) interrogatorio (artº 520.6 c) y tantas veces como desee. Las entrevistas son a solas (1).

La asistencia letrada en la práctica de las diligencias policiales (arts. 17.3 CE y 520.2 c), a 4.5 y 6.6 LECr) es el segundo derecho. Tras la detención, que constituye la primera diligencia policial, y en la que, por razones lógicas, no se da asistencia letrada, el detenido tiene derecho a nombrar un abogado de su confianza

(1) La circular de la Dirección General de la Seguridad del Estado, sin fecha, reproducida en MON JURIDIC (28) IX-1985, p. 4 dice:

1. Información al detenido sobre sus derechos.

Sin perjuicio de la información de derechos a que se refiere el artículo 520.2, se reflejará la información de derechos al detenido en el encabezamiento de la diligencia de la declaración que se practique ante Letrado.

Entrevista Letrado-detenido.

Una vez que el detenido haya prestado declaración o, en uso de su derecho, se hubiese negado a efectuarla, podrá entrevistarse con el Letrado asistente. Esta entrevista habrá de efectuarse respetando el secreto profesional que ha de presidir las relaciones entre los mismos, sin perjuicio de la adopción de las medidas de seguridad necesarias en cada caso.

Lo dispuesto anteriormente, no será de aplicación para los detenidos respecto de los que se hubiese decretado la incomunicación, según establece el artículo 527.c/.

3. Otras privaciones de libertad.

Ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención, en sentido estricto, cualquiera que sea la terminología que se utilice y en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase a "presencia judicial" o a "disposición judicial", sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de "retenciones" u otras, pudieran utilizarse en la práctica, para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas.

o a que se le nombre uno de oficio para que le asista en toda diligencia policial (arts. 17.3 CE y 520.4 LECr).

La asistencia del abogado se requiere en la práctica de todas las diligencias policiales (art. 520.5 LECr) aunque, en principio, no pueda intervenir si no se conculcan derechos fundamentales del detenido, lo cual no es presumible en presencia del letrado; esta asistencia ha de ser la de un letrado de confianza del detenido o la de uno nombrado de oficio. El responsable policial del interrogatorio se pondrá en contacto con el Colegio de Abogados al que corresponda la circunscripción policial y comunicará la designación efectuada por el interesado o solicitará la asignación de un letrado de oficio (artº 520.4 LECr). Esta última previsión legal puede ser origen de bastantes irregularidades. En efecto, como es sabido y como pone de manifiesto la inequívoca jurisprudencia del TC, los *derechos fundamentales son irrenunciables*; y ello en beneficio y como garantía del propio derecho. El hecho de que, por no haberse presentado el abogado, el detenido pueda aceptar que lo interroguen o que se practiquen ciertas diligencias que la Policía califica de urgentes, dada su situación de inferioridad, se presta a todo tipo de especulaciones. Siguiendo el ideario constitucional, lo lógico hubiera sido reiterar la comunicación y acompañarla de un apercibimiento legal del delito de denegación de auxilio, y comunicarlo al juez instructor para que proveyera lo necesario. La eventual responsabilidad del abogado queda muy diluida. Salvo casos de fuerza mayor, el retraso -más de ocho horas- o la pura inasistencia constituye un hecho sumamente reprobable; para evitar la previsible obstrucción, la comunicación al juez instructor supone que éste puede reclamar para sí la dirección de las investigaciones y decretar lo que estime oportuno, liberando de responsabilidad a la Policía. Con todo, el interrogatorio no puede empezar hasta que se persone el letrado; sólo podrá iniciarse sin su presencia en caso de que el retraso sea injustificado (artº 520.4 LECr). Pero este extremo sólo podrá conocerse, por lo general, después y no durante esas 8 horas de plazo.

Enlazando con la cuestión de la irrenunciabilidad de este derecho a la asistencia letrada está la posibilidad de que, si el delito imputado es de tráfico, el detenido acceda a la no presencia del letrado (artº 520.5 LECr). Esta previsión va más allá de la normativa constitucional y de la doctrina científica y jurisprudencial más firme y coherente.

Otro aspecto más que discutible de la vigente regulación -mucho más satisfactoria, con todo, que la del franquismo- es la restricción de asistencia letrada al detenido cuando ha sido declarada la incomunicación (artº 527 LECr). En primer lugar, tal limitación no está contenida en la Constitución ni se desprende de la sistemática del precepto de referencia (artº 17 CE). Esta prohibición posibilita que la Policía tenga, sobre el detenido, mayor potestad que el propio juez; en efecto, no toda incomunicación judicial supone la inasistencia del letrado y, en cualquier caso, puede ser recurrida. En cambio, la incomunicación en sede policial -que podrá durar un máximo de tres días, o diez si se aplica la Ley antiterrorista- lo es a todos los efectos, incluida la asistencia letrada, ya que no existe contacto entre detenido y abogado, y no es materialmente recurrible aunque sólo sea por la pre-

cariedad del tiempo. Sólo permanece abierta la posibilidad de solicitar el "habeas corpus" del detenido al juez competente (artº 1 d) LO 6/1984); lo cual resulta difícil al denegarse también al detenido el derecho a la comunicación con un familiar (artº 527 b) LECr). La justificación del precepto criticado se basa en una *pretendida* mayor eficacia de la lucha antiterrorista puesto que en aplicación de su normativa específica, la detención y la incomunicación puede llegar -en tales supuestos- a los 10 días.

El artº 520.2 d) prevé, además, el derecho a comunicar a un familiar u otra persona el hecho de la detención. Calla la Ley respecto a si tal comunicación puede efectuarla el propio detenido o corresponde a los agentes tal función y; en la medida de lo posible sería de desear que fuera el propio detenido que, como sabemos ya, si se produce la incomunicación, pierde este derecho.

Cuando la persona detenida sea menor o incapaz, la autoridad de Policía judicial deberá comunicar el hecho a los familiares o responsables y, en caso de no localizarlos, al Ministerio Fiscal (artº 520.3 LECr).

El detenido y/o su letrado pueden requerir que el interesado sea reconocido por el médico forense u otro facultativo dependiente de una Administración pública, para que garantice su correcto estado físico y mental (artº 520.2 f) LECr). En todo caso el detenido extranjero tiene derecho a intérprete, si no entiende el castellano (artº 520.2 c) LECr).

Estos son los *derechos que deben ser observados* en una situación de normalidad constitucional. Adviértase, de todos modos, la sibilina redacción del artº 15.1 de la Ley antiterrorista cuando estatuye que la incomunicación del detenido tiene lugar "sin perjuicio del derecho de defensa". Nos parece, en verdad, un extraño modo de garantizar tal derecho.

c. Todos estos derechos, reconocidos constitucional y legalmente a los detenidos, pretenden garantizarles el derecho a su defensa desde el mismo instante de su detención. Ello implica un contrapeso normativo a los poderes que se otorga a la policía y a los jueces para el esclarecimiento y eventual castigo de los responsables criminales de delitos y faltas. Si se tiene en cuenta que a la hora de legalizar los medios de que disponen tales autoridades no se crearon los deberes que incumbían al ciudadano, sino que se parte de la presunción de su inocencia y no se le obliga a colaborar, no es de extrañar que, en justa contrapartida ante el despliegue de medios se dote al detenido de una serie de mecanismos que le hagan lo menos gravosa posible su situación, sea o no sea realmente culpable del hecho que se le imputa.

d. Al mismo tiempo que se observan estas formalidades imprescriptibles, ha de tenerse presente que la detención, como toda medida cautelar y provisional, es limitada en el tiempo. Así, la detención preventiva sólo puede durar, en período de normalidad institucional, *hasta 72 horas* (arts. 17.2 CE y 184 CP).

Como se desprende literalmente del texto constitucional "la detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos". Ello no implica, como vulgarmente se considera, que la detención preventiva dure 72 horas. Antes al contrario, *dura como máximo* 72 horas, siempre y cuando sea necesario para las investigaciones en sede policial. Ello supone que, si las *investigaciones pueden concluirse antes* o debieron haberse iniciado antes o, sea como fuere, se dilatan injustificadamente, estaremos en presencia de una *detención ilegal* y, por lo tanto, *punible*. Detener a un sujeto, interrogarle someramente, prácticamente para verificar su identidad, y a las 72 horas ponerlo en libertad no se ajusta, ni con mucho, con el planteamiento de nuestro vigente ordenamiento. Una vez más ha de recordarse que la detención es una situación cautelar y no es siempre la pieza más importante en una investigación. Obrar de otro modo es una corruptela que lesiona un derecho fundamental y desacredita inútilmente los poderes del Estado.

Historicamente el lapso de la prisión preventiva era de 24 horas. Pero el autoritarismo franquista lo extendió a 72 horas, lo cual produjo una serie de contratiempos procesales y penales, resueltos, como no, en detrimento de los ciudadanos. Lamentablemente la Constitución ha venido a consagrar tan exagerada dilatación; dilatación a todas luces excesiva dados los medios técnicos de que hoy se dispone. Además, no se olvide que el juez puede decretar la prisión del detenido, e incluso comunicarle; pero para ello, lógicamente, el juez debe contar con material tangible en el que basarse; si tal materia no existe, ello no se debe a la brevedad pretendida de la detención preventiva, sino a la inoportunidad de la detención misma (excesivamente pronta) y a la impericia de los investigadores policiales.

e. Hoy el período de 24 horas para poner al detenido a disposición del juez o dejarlo en libertad que estatuye el artº 496 LECr queda convertido, en virtud del artº 17.2 CE, en otro de 72 horas. Ahora bien, ello no deja sin efecto la primera previsión del artº 184 CP (detención ilegal por hasta 3 días), si la detención preventiva o carece de fundamento desde el principio o lo pierde posteriormente y se agota injustificadamente el tiempo de detención.

Sin embargo, lo que no queda derogado por ninguna norma es la obligación, tan imprescriptible como ampliamente incumplida, de manifestar al juez por parte de la policía judicial de inmediato o, como máximo, cada 24 horas las diligencias practicadas en ese período (artº 295 LECr). Evidentemente, entre esas diligencias se hallan las detenciones. De obrar así, se posibilitaría, tal como pretende la Ley, un control pleno de la Judicatura sobre la policía, que está a su servicio en cuanto a las actividades desplegadas y el modo de hacerlo. La obligación de comunicar, al menos cada 24 horas, cuando no inmediatamente (artº 284 LECr), todas las detenciones preventivas permite evitar las prácticas que se escapan materialmente de las previsiones legales. Es más, incluso en períodos de anormalidad institucional, con las garantías suspendidas, las detenciones deben ser igualmente comunicadas al juez cada 24 horas (artº 16.2 LOAES).

El incumplimiento de estas comunicaciones al juez competente supone, como mínimo, una grave infracción disciplinaria que el mismo órgano judicial podría corregir directamente (artº 298 LECr).

V. No resulta infrecuente oír hablar de que la policía ha *retenido* a un sujeto. Es más, la corporación policial sin *ninguna base legal* practica ampliamente esta modalidad de privación de la libertad ambulatoria como alternativa a la detención formalmente ejecutada.

1. Nos hallamos ante una nueva figura de hecho sin reconocimiento en las leyes procesales o policiales pero que se ha ido extendiendo en algunas disposiciones de carácter político, como son los Estatutos de Autonomía al elaborar el estatuto político-funcional de los parlamentarios regionales y el del Defensor del Pueblo (artº 6.3. LO 3/1981, de 6 de abril). Respecto de los primeros hay que señalar una curiosidad: todos los parlamentarios autonómicos pueden ser detenidos y retenidos; los de Castilla-La Mancha sólo detenidos y los de Baleares sólo retenidos. Tamañas dislexias legislativas ponen de manifiesto la irregularidad de la figura de la retención.

Dado que ni existe concepto de retención ni sobre los sujetos en que literalmente pudiera aplicarse es previsible que se aplique, todo ello son razones que abundan en el criterio de que la expresión 'retención' en tales disposiciones no es más que una muestra más de imprecisión legislativa, de una redundancia en suma, pero, sin duda entorpecedora por lo que pueda tener de ilegítimo asidero, pero asidero al fin y a la postre, para algunos sectores policiales y doctrinales proclives, estos últimos, a justificar el Poder y a constituirse en sus voceros.

2. Ahora bien, como la práctica formal de las diligencias que la detención implica puede resultar incómoda, sobre todo en la fase de las investigaciones preliminares por la falta de hechos fiables, suele arbitrarse una práctica informal tan retóricamente falaz como fuera del marco legal vigente desde 1882, es decir, desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento criminal; esta práctica es la que recibe el nombre de *retención*.

La retención supone el ingreso en una dependencia policial sin que al retenido se le efectúe imputación alguna y sin que se ponga en marcha ni el mecanismo de comparecencia del abogado que le asista en las declaraciones preliminares ni la comunicación al juez de las detenciones efectuadas en las últimas 24 horas. La filosofía de nuestro legislador liberal, Alonso Martínez, era -y sigue siendo hasta que legislativamente se le enmienda la plana- la de que sólo se podía privar cautelarmente de libertad a aquellas personas de quienes cabe presumir, en base a "motivos racionalmente bastantes", su intervención en un hecho punible; desde esta perspectiva, no cabe investigar a todos los ciudadanos por saber cuáles de entre ellos pueden haber cometido un delito o falta. Planteamiento este que casa a las mil maravillas con el de la presunción de inocencia.

Pero la retención invierte este entramado; en efecto, se retiene a alguien para saber si está implicado y no por presumir que esté implicado; se retiene a alguien

por ir indocumentado, cuando ello, ni aún no ofreciendo explicaciones no constituye delito alguno, aunque sí falta; pero, en tal caso procede la detención si la policía no conoce el domicilio del infractor. Pero estos supuestos y otros más, que nutren la casuística de la retención, implican que el funcionamiento actuante se está situando más allá del círculo de las atribuciones, que mediante el mecanismo técnico-jurídico de la obligación la *ley* le ha conferido.

No vale aducir que un sujeto ha sido invitado a un encuentro con funcionarios policiales, puesto que la libertad, como derecho fundamental que es, es del todo irrenunciable y, desde el momento en que cesa la "invitación" empieza con todas sus consecuencias la detención. Y tampoco entra en la cabeza de la ley que se pueda detener, ni siquiera bajo el subterfugio semántico de la detención, para que facilite información sobre hechos, personas o situaciones con las que no tiene relación o participación alguna. Porque -y aunque a alguien le pueda parecer extraño- *sólo cabe detener a aquellas personas de quien se sospecha que han tomado parte en un hecho criminal*. Cualquier otra relación con el hecho que no sea la prescrita por el Código penal queda al margen de la detención en cualquiera de sus especies lingüísticas. Así las cosas, la retención es una *detención ilegal* y, por tanto, *punible*.

3. Pero, como siempre, no son únicamente cuestiones de pulcritud terminológica las que mueven, a la crítica. Con la retención se vulnera doblemente la esfera jurídica fundamental del ciudadano. Por un lado, se le priva de libertad de modo ilegítimo, y de otro se tarda, pese a su pérdida de libertad, en poner en marcha el mecanismo de su defensa. Es práctica habitual que algunas policías autonómicas y locales, en virtud de no se sabe qué normas, 'retengan' a los detenidos y, posteriormente, 'los pongan a disposición de la policía gubernativa'. Ni contra lo que pretenden algunos, tales policías son subordinadas de las dependientes del Estado ni, en ningún caso, fueren dependientes o no, puede el particular ver retrasada la entrada en juego de sus derechos. Como se trata de un 'retenido' ni se le leen sus derechos ni se convoca a letrado alguno ni se computa plazo de ninguna clase. Y la policía gubernativa puede entender que dicho plazo ya ha empezado a correr -¿cuándo?- y que no le corresponde a ella reiterar (?) los requisitos. Del desbarajuste competencial surge el desamparo del ciudadano. Evidentemente este podrá proceder contra todos los funcionarios implicados, si no le han respetado en los modos y formas legalmente previstos sus derechos desde el mismo instante en que se le puso la primera mano encima, fuera ésta de quien fuera.

IV. Otro aspecto de la práctica policial que en nuestro Derecho no encuentra asidero legal es el de las *redadas o razzias*. Y no encuentra asidero legal porque son *contrarias a la presunción de inocencia*. Aunque resulte reiterativo ha de volver a repetirse: la detención de un sujeto responde a la sospecha racional bastante de que se ha cometido un delito y de que dicho sujeto está, en alguna de las condiciones que la ley penal establece, vinculado a ese hecho delictivo. Es decir, *se detiene para confirmar la sospecha y no para saber quiénes han podido cometer un delito*. La redada constituye una inversión de este inculcable principio y derecho público fundamental.

Partiendo de una concepción autoritaria de la sociedad y de una amplísima concepción del orden público como legitimante de toda la actuación policial, no es raro hallar justificaciones a las redadas. Con estas actuaciones se producen detenciones masivas, tanto de culpables como de inocentes, pero sin que, a priori, la policía pueda decir cuáles de los que suben a los coches celulares son presuntamente culpables de los delitos que se han propuesto averiguar. En la redada, cuyo efecto intimidatorio no es nada desdeñable y en ocasiones es la única pretensión de la operación, caen personas de todos tipos. Y en la mayoría de casos, van a ser fichadas policialmente. Pero, por regla general no se persigue ni un delito concreto ni a sus presuntos responsables: es una operación de muestreo. Los muestreos son sólo una técnica de análisis sociológico, pero no de actuación policial dentro del amplio marco que crea la vigente Constitución.

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

VII. Toca ahora plantear, las cuestiones derivadas de la valoración jurídica de los efectos de la detención, en su vertiente positiva, es decir, adecuada a Derecho, y en su vertiente negativa o proscrita por éste.

1. Conviene insistir en un aspecto: el centro de gravedad de la detención no radica en que el detenido sea realmente el culpable o no del hecho que provocó su detención; múltiples circunstancias que escapan al control del policía posibilitan o impiden que un sujeto sea declarado culpable.

Dado que, como sabemos, la detención se construye como un tipo de sospecha, lo decisivo es determinar si el policía se comportó a la hora de practicar tal actuación conforme a las reglas que prescribe el ordenamiento jurídico; se trata de saber si tenía 'motivos racionalmente bastantes' para actuar como actuó. Si los tenía con eso cumple. Es suficiente para garantizar al funcionario su propia seguridad personal, jurídica y profesional.

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

2. La cuestión ahora a tratar es de signo opuesto: ¿qué sucede si la detención es ilegal?

a. En primer lugar, si la detención no es comunicada de inmediato al juez, como ordena la Ley (artº 284 I, LECr) o más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes (artº 295 LECr), procederá una sanción disciplinaria contra el funcionario, a imponer la mayoría de las veces, directamente por el propio Juez o Fiscal de quien dependa la investigación o sea competente para conocer de la causa que ha motivado la detención (artº 298 LECr).

b. En segundo lugar, alternativa o sustitutivamente puede instarse un procedimiento de "habeas corpus", previsto en el artº 17.4 CE y regulado por la LO 6/1984, de 24 de mayo.

Con este procedimiento, de poderosa eficacia, se pretende poner a disposición inmediata de la autoridad judicial a toda persona detenida ilegalmente. A los efectos de esta Ley (artº 1º) se entiende por personas detenidas ilegalmente:

a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.

b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.

d) Las privadas de libertad a quienes no se respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

Salvo el apartado b) que parece referirse más bien a los encerrados o retenidos contra su voluntad en establecimientos de custodia o presuntamente curativos, el resto de los incisos legales son posibilidades, incluso reiterativas, que afectan a las detenciones efectuadas por la policía. Y ello con independencia de la buena o mala finalidad de la acción policial. Imagínese el caso de que funcionarios proceden a 'liberar' de una secta a ciudadanos mayores de edad y los entregan a sus familiares para que sean 'curados' en otro centro en el que son internados. En este supuesto, ni siquiera se da la presencia de delito alguno por parte de los 'liberados', factor imprescindible para poder practicar una detención.

Según esta ley, el detener a un sujeto sin leerle y/o aplicarle sus derechos constituye una detención ilegal que posibilita el ejercicio del procedimiento de "habeas corpus". Lamentablemente la premura obliga a sólo no dejar constancia de la referencia.

c. Fundamentalmente, los delitos que pueden cometerse en este contexto por los funcionarios de policía son el de detenciones ilegales (artº 184 CP), si hubieren mantenido al detenido privado materialmente de libertad más allá de lo debi-

do, empezando, eventualmente, por si no procedía la detención -de acuerdo al juicio de sospecha-. Por lo que respecta a no haber sido observados los derechos inherente a todo detenido, cabría apreciar un delito contra los derechos cívicos reconocidos en las leyes (artº 194 CP). Para el primero de los delitos, es decir, lo que tradicionalmente se entiende por detenciones ilegales, serán las detenciones sin motivo material. Ahí reside la ilegalidad del tipo.

Para el segundo caso, y para lo que aquí interesa, el punto central reside el verbo que se utiliza en el tipo: 'impedir'. Aquí ha de entenderse tanto por impedir tanto el negarse el funcionario el que el detenido efectue una llamada o designe abogado de su confianza, como que se le obligue a renunciar a sus derechos aunque sea por escrito, o que tales derechos no le sean comunicados.

Una observación sobre las *penas* por los delitos en juego. Si bien este último delito tiene una pena político-criminalmente convincente (inhabilitación especial), la correspondiente a las detenciones ilegales no es satisfactoria.

En primer lugar, la pena está fragmentada según el tiempo de pérdida injustificada de libertad que se haya sufrido: esto es talionismo llano y liso y un modo retrógado de diseñar las penas; la prueba está en que en el correlato de la detención ilegal cometida por particular la pena es única (aunque con agravaciones y atenuaciones). Afortunadamente, los supuestos de privación de libertad no se encontrarán en la parte alta del tipo; pero para recibir un funcionario policial la misma pena que si se tratara de un particular deberá detener al ciudadano más de un año (!). Este es un grave dislate legislativo que, a lo que se ve, pese a las críticas recibidas, el legislador no está dispuesto a solventar.

d. Existe una tercera fuente específica de responsabilidad criminal que afecta a los funcionarios policiales ligada a la esfera de la detención. Se trata de la detención inicialmente ajustada a Derecho, pero que, por infracción del deber profesional del agente, genera dicha responsabilidad; en efecto, el agente deja 72 horas sin entregar el delito a la autoridad judicial competente (artº 186 CP).

La detención ilegal no nace, como en los supuestos anteriores, por no concurrir un hecho punible, o no ser el detenido un aparente responsable del mismo o no haber observado las prescripciones legales. Nace, en cambio, por superar el lapso de tiempo de que dispone la policía judicial para poner a disposición judicial la persona del detenido. Como se ha señalado, rectamente entendido este precepto penal supone algo en extremo interesante: no significa que la policía pueda disponer de los detenidos durante 72 horas; si, durante este período no hace nada respecto de las averiguaciones del delito que han motivado la detención, ésta es ilegal desde ese instante y su régimen penal reside en el artº 184 CP, como ya sabemos. En cambio, el precepto al que aludimos en este apartado supone una *detención plenamente correcta* en su práctica y en su desarrollo que *se prolonga* más allá del las 72 horas.

La *pena* es aún más leve que la de la detención ilegal desde el principio, pues

no está castigada esta conducta cumulativamente con suspensión y multa, sino exclusivamente con suspensión, es decir, con la prohibición de ejercer el cargo por hasta 6 años, pero sin perder la condición de funcionario.

Por otro lado, aunque muy brevemente, conviene recordar la historia de este precepto. El artº 496 LECr establece que el detenido a prevención ha de ser puesto a disposición judicial dentro de las 24 horas siguientes a su privación de libertad. El Fuero de los Españoles, farsa de declaración de derechos ciudadanos, en su artº 18.2 establecía que la detención preventiva duraba hasta 72 horas, al igual que el derogado artº 263.1 LRL. Ello provocó no pocas fricciones, dado que el CP concordaba con la LECr, es decir, se castigaba la dilatación del plazo original de las 24 horas. Así las cosas, el Decreto 168/1963 de 24 de enero, que desarrollaba la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código penal, introdujo de tapadillo, sin mención ni explicación alguna, la citada ampliación en el artº 186 CP, ampliación corroborada por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprobaba el texto revisado del CP.

Parte de la doctrina, sin fortuna por razones evidentes, criticó no ya sólo la dilatación y beneficio a la hora de la punición, sino el que dicha ampliación se efectuara sin una apoyatura o apoderamiento específico en la citada Ley de Bases de 1961. Estas cuestiones, calificadas de formales, fueron desdeñadas y se perjudicó muy seriamente el derecho básico del hombre: su libertad de movimientos.

Ahora lo lamentable es que, por un lado la Constitución haya consagrado tan amplio período de detención preventiva y que, por otro, el legislador no haya protegido penalmente como se merece la libertad de los particulares ante eventuales lesiones provenientes de los poderes públicos; las penas, como ya vimos, son comparativamente ridículas en relación con las detenciones ilegales cometidas por particulares. Ello resulta aún más irritante si se tiene en cuenta que el bien jurídico que se daña cuando un agente público lesiona materialmente un bien jurídico es proporcionalmente mayor que si dicha lesión se produce por un particular; *cuando la lesión proviene de un funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas se está quebrando el Estado de Derecho mismo*. Y esto es algo que la legislación ordinaria no puede permitir. De lo contrario, ante el regocijo evidente de algunos, se tiende a convertir la Constitución en papel mojado.

VIII. Aunque colateralmente, ha de ponerse de manifiesto una última cuestión: recordar de nuevo que *nadie tiene el deber de dejarse detener*. Ello enlaza con la presunción de inocencia. Por ello quien no atiende al mandado de 'alto' no incurre en responsabilidad criminal alguna. No es esta una opción compartida por la doctrina tradicional.

Ahora bien: *una cosa es no tener el deber de detener y otra muy distinta arremeter contra los funcionarios que va a practicar la detención*. Así, el salir corriendo, el gritar o insultar a los agentes, el aferrarse a una farola e, incluso, el force-

jean con los funcionarios con intención de desasirse pero no de causar daño, son conductas que en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho *deben quedar impunes por no ponerse en peligro ni lesionarse bien jurídico alguno; o de suceder tal cosa, el ansia de disfrutar de la libertad personal es un bien superior*, que una concepción democrática -es decir, efectiva y realista- del Derecho debe respetar.