

MASTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 14/15

La detención

The detention and the arrest

Realizado por el alumno D. Javier Díez Yebra

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán



INDICE:

RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	6
METODOLOGÍA.....	7
1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.....	8
A) Concepto y naturaleza.....	8
B) Características.....	9
a) Instrumentalidad.....	10
b) Provisionalidad.....	10
c) Proporcionalidad.....	11
d) Homogeneidad.....	12
e) Jurisdiccionalidad.....	12
C) Presupuestos de las medidas cautelares.....	14
a) “ <i>Fumus boni iuris</i> ”.....	14
b) “ <i>Periculum in mora</i> ”.....	15
c) Resolución judicial.....	15
D) las clases de medidas cautelares en el proceso penal.....	16
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	17
A) Identificación de las medidas cautelares personales.....	17
a) La citación.....	17
b) La detención.....	18
c) La prisión provisional.....	18
Características.....	18
Presupuestos.....	19
Modalidades.....	20
Duración.....	22
d) La libertad provisional.....	22
e) Otras medidas.....	23
3. LA DETENCIÓN.....	24
A) Concepto.....	24
La tensión entre el impulso garantista y el defensor.....	28
B) Clases.....	29
a) Especiales y con fines ajenos al proceso penal.....	29
1) La detención de un extranjero que se encuentra ilegalmente en España.....	30

2) el arresto domiciliario, antiguo arresto del quebrado.....	33
3) el internamiento involuntario de enfermos mentales.....	34
4) la privación de libertad acordada en materia de salud pública.....	35
5) la detención en menores de edad.....	36
b) Ordinarias o con fines propios del proceso penal. La detención imputativa.....	38
c) Las especialidades de la detención por razón de la persona detenida.....	40
1. Inmunidades y aforamientos.....	40
2. Especialidades personales de la detención.....	42
C) Legitimación para la detención. Clases de detención imputativa según el sujeto que la practique.....	43
a) La detención practicada por particulares y profesionales de la seguridad privada.....	43
b) La detención policial.....	48
1) Concepto.....	48
2) Supuestos de detención policial por imputación de delito.....	50
1) Los supuestos de flagrancia delictiva.....	50
2) El quebrantamiento de una medida cautelar personal o de una pena privativa de libertad.....	52
3) La detención por indicios.....	52
3) La detención policial por imputación de faltas (delitos leves).....	55
4) Las detenciones policiales ordenadas.....	56
a) Los supuestos de los artículos 492.2º. y 3º. Y 490.7º LECr.....	56
b) El supuesto de detención policial ordenada de los arts. 486 a 488 y 773.2 LECr. ...	57
c) Detención practicada mediante una Orden Europea de Detención y Entrega.....	57
5) Ejecución material de la detención.....	58
a) Identificación de los funcionarios policiales.....	59
b) Empleo de la fuerza.....	59
c) Registro o cacheo.....	61
d) Esposamiento.....	69
e) Traslados.....	70
f) Estancia en dependencias policiales y custodia de detenidos.....	70
g) Información de derechos.....	72
6) Valor procesal del interrogatorio policial. La prueba nula y la doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	74
Las manifestaciones espontáneas del detenido.....	78
7) Otras privaciones de libertad relacionadas con la comisión de hechos delictivos.....	81
c) La detención judicial.....	84

d) La detención acordada por el Ministerio Fiscal	85
D) El estatuto jurídico del detenido. Garantías procesales	86
a) Derecho de “silencio”	90
b) Derecho de asistencia médica y lingüística	91
c) El derecho de información	91
d) El derecho de asistencia jurídica	92
E) La vulneración de las garantías	95
E) Duración de la detención	96
F) Finalización de la detención	101
a) La libertad del detenido	101
b) La puesta del detenido a disposición judicial	102
c) La entrega del detenido a otras autoridades	103
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFIA	109

LA DETENCIÓN

RESUMEN

El trabajo se aproxima en primer lugar a las medidas cautelares en el proceso penal para centrarse en la detención. Se define la misma y se clasifica desde diferentes puntos de vista, indagando acerca de su verdadera naturaleza y sus diferentes modalidades. Se analizan los derechos fundamentales que pudieran verse afectados, así como los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos, tanto para habilitar su práctica, como en relación con su ejecución material. Se ha tratado de hacer un estudio pormenorizado de la detención realizada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, especialmente en cuanto a la ejecución material de la detención y a las garantías procesales que asisten al detenido durante la misma. Se estudia el estado actual de la cuestión, con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional y apoyándonos en las opiniones de los diferentes participantes en la aplicación de la medida cautelar.

ABSTRACT

The work first approaches to the precautionary measures in criminal proceedings to focus on detention and arrest. It is defined and classified from different points of view, inquiring about its true nature and its various forms. The fundamental rights that may be affected are analyzed and the required legal and jurisprudential requirements, both to enable its practice, and in relation to its actual execution. We have tried to make

a detailed study of the detention and arrest by members of the Security Forces of the State, especially with regard to the material execution of the arrest and due process of the detainee during it. The current state of affairs, with abundant jurisprudence of the Supreme Court and Constitutional and relying on the views of different stakeholders in implementing the injunction is studied.

OBJETO DEL TRABAJO

En este trabajo se ha tratado de analizar todos los supuestos de privación de libertad que se pueden adoptar a consecuencia de una medida cautelar, aunque tal y como indica el título del trabajo, con una especial incidencia en los denominados como detención en sus diferentes manifestaciones, estudiando los requisitos y los trámites que establece las leyes respecto de la detención de las personas y de los derechos que en tal situación les corresponden, hasta tanto el juez disponga su puesta en libertad o su ingreso en prisión.

Constituye la detención el supuesto de hecho paradigmático de las injerencias estatales en el derecho a la libertad, en especial la detención practicada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en todas sus vertientes, tanto en las detenciones imputativas, como en otras situaciones de hecho que implican una auténtica injerencia en el derecho a la libertad y a las que se les niega la denominación de detención, tales como las “detenciones” para identificación, el cacheo o el registro u otras privaciones denominadas como supuestos no penales de privación de libertad como el internamiento de extranjeros, al margen de los que impliquen una detención por hechos delictivos. Refleja el anuario estadístico del ministerio del interior la cifra de 458.08 detenciones e imputaciones en todo el territorio nacional en el último año, con lo que podemos hacernos una idea de la importancia que tiene esta diligencia.

Son objeto de estudio en este trabajo los principales problemas prácticos en la propia ejecución material de la detención y las controversias que surgen en sus diferentes fases como por ejemplo en las diligencias de cacheo y registro, las diferentes teorías sobre el tiempo máximo que debe durar una detención, así como otras cuestiones de importancia y de actualidad tales como el papel de los miembros de la seguridad

privada en la detención, las manifestaciones espontaneas del detenido o la posibilidad de la entrevista del abogado con anterioridad al interrogatorio policial.

METODOLOGÍA

La motivación inicial de la elección de la detención como tema del Trabajo Fin de Master surgió de las primeras prácticas de asistencia al detenido que se realizaron en el Master de Abogacía. Ahí surgió la idea de que podría ser interesante un estudio pormenorizado de la materia que complementara las prácticas, y que por otro lado, esas asistencias al detenido, sirvieran también como apoyo al propio Trabajo.

Para la realización del presente estudio se ha tenido en cuenta, como principal punto de partida, la lectura del catálogo de publicaciones sobre la detención facilitado en el departamento de Derecho Procesal. Es decir, se ha comenzado la investigación tomando como fuente los textos legislativos, artículos y opiniones doctrinales de investigaciones realizadas por procesalistas y estudiosos del Derecho Penal. Y para complementar el elenco de fuentes documentales, se ha analizado también la jurisprudencia de los Tribunales, especialmente la del Tribunal Constitucional, en la multitud de sentencias emitidas en interpretación de la legislación que sustenta nuestro estudio.

En la elaboración del índice hemos seguido la estructura de los manuales más utilizados en Derecho Procesal Penal con la intención de no dejar fuera del mismo ninguna cuestión importante dentro de un marco tan amplio como es el de las medidas cautelares, si bien se han incluido también otras cuestiones de actualidad y que no suelen contenerse en esa estructura clásica de los manuales.

Para una mayor profundización en la materia, y después de lograr los conocimientos teóricos suficientes para realizar una investigación en la práctica, utilizamos la fuente de investigación propia. Esto se llevó a cabo acompañando al tutor de las prácticas del Master a las guardias del turno de asistencia al detenido para ver el desempeño de algunas cuestiones de la detención. Esta actividad se realizó a lo largo de varias semanas en las que se pudo apreciar el desarrollo de algunas de las cuestiones

teóricas desarrolladas en la vida real. Dicha experiencia se llevó a cabo tanto en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de León como en el Cuartel de la Guardia Civil de Armunia y en los distintos Juzgados de Instrucción de León, dependiendo de donde se tuviera que realizar la asistencia al detenido. La observación directa de la actuación de los funcionarios que desarrollan su función profesional en la detención, así como como la del abogado, nos aportaron un conocimiento directo y operativo de su gestión. Si bien no ha sido posible asistir directamente a todas las fases de la detención.

Así pues, partiendo de la lectura y análisis de diversas fuentes documentales y continuando con la concreción de la práctica del tema en la actividad diaria de los Juzgados y Comisarías, intentaremos alcanzar algunas conclusiones válidas sobre la detención.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

A) Concepto y naturaleza

La conceptualización que realizan la mayoría de autores se puede resumir invocando a Gómez Orbaneja, que las define como el “Conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte”¹. Se trata pues, de actuaciones procesales orientadas a impedir que la voluntad del sujeto pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz, burlando el ejercicio del *ius punendi* del Estado y los derechos patrimoniales de quienes han de ser reparados de las consecuencias dañosas de los hechos². Si bien hay una destacada orientación doctrinal que incluye los actos de anticipación de la prueba dentro de las medidas cautelares, se trata en definitiva de medidas que persiguen siempre una finalidad procesal y deberán ser acordadas por el Juez.

¹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Funciones y Conceptos Formales de Derecho*. ISSN.0026.959x N.- 128, 1974.pág.17.

² MORENO CATENA, Víctor (con Valentín Cortés Domínguez).*Manual de Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2.012, Pág. 268.

Este aseguramiento de la actividad jurisdiccional en defensa de los intereses generales de la colectividad exige limitar los derechos individuales de los miembros de la comunidad, algunos de ellos de rango constitucional, en los inicios del procedimiento, en un momento en el que todavía no se ha declarado formalmente ni la existencia de un hecho punible ni la atribución cierta del mismo a una persona determinada, suscitándose la cuestión de su compatibilidad con el derecho fundamental a la presunción de inocencia de que son titulares todos los ciudadanos hasta tanto no lo desvirtúe la oportuna sentencia condenatoria³.

Esta armonización se ha considerado posible en virtud de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, traducidos en la necesidad objetivamente constatable de la adopción de las medidas y en la inexistencia de otra alternativa menos gravosa para la consecución del fin apetecido.

Basándonos en el estudio de la doctrina procesalista podemos llegar a la conclusión de que las medidas cautelares son instrumentos procesales que sirven para otorgar efectividad al proceso mismo y más específicamente a la sentencia que en su día se dicte; son, en suma garantía porque: 1º) Comportan un aseguramiento de su desarrollo; 2º) Aseguran las personas y los bienes en aras del cumplimiento de la sentencia condenatoria.

Es por lo tanto, la pretensión de que se adopte una medida cautelar, una pura pretensión procesal, por la que se pide el aseguramiento de la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarda en tramitar el procedimiento⁴.

B) Características

Las características generales que se pueden inferir de las medidas cautelares vienen directamente vinculadas a la finalidad de aseguramiento. En los apartados

³ ILLESCAS RUS, Angel-Vicente (1995). *Las medidas cautelares en el procedimiento penal*. Revista de Derecho Procesal, 1995, N°1, pág. 64.

⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (con Víctor Moreno Catena). *Manual de Derecho Procesal Penal* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2.012, Pág. 268.

inferiores vamos a desarrollar algunas de las más predicadas por la doctrina científica ya que las enumeraciones son diversas, si bien es cierto que los diversos caracteres de las medidas cautelares se hallan en estrecha interdependencia y mutuamente se complementan.

a) Instrumentalidad

Se admite comúnmente como rasgo de las medidas cautelares su inescindible vinculación con un proceso principal del que aparece como instrumento para garantizar su éxito, tanto del proceso de declaración, mediante la presencia del sujeto y preservando cuantos elementos pudieran servir en el mismo, como la efectividad del cumplimiento de la sentencia condenatoria. La instrumentalidad supone una vinculación directa de la medida cautelar a la resolución de ese proceso principal, por tanto, una vez que este finaliza, se produce la extinción de la medida cautelar, que no puede mantenerse en adelante.

Además, la instrumentalidad supone una vinculación de la medida cautelar con el objeto del proceso y con los hechos que lo definen, por lo que debe ajustarse a los fines que en cada caso se persigan, lo que puede suponer que el contenido de la medida resulte idéntico a la condena que se llegue a imponer, es decir, puede suponer una anticipación del fallo de la resolución, si bien no pueden adoptarse medidas cautelares con “*finés punitivos o de anticipación de la pena*” (SSTC 128/1995, 40/1987, 41/1982)

Las celebradas expresiones sobre las medidas cautelares de Calamadrei⁵, “no son nunca un fin en si mismas” o “están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente”, definen perfectamente el criterio compartido por la mayoría de la doctrina.

b) Provisionalidad

⁵ CALAMADREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima: ARA editores, 2005. ISBN 9972626784. pág. 21.

La medida cautelar no pretende convertirse en definitiva, y es por ello que desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal. Solo se mantienen en tanto en cuanto permanezcan las circunstancias que motivaron su imposición, y estas pueden variarse en el tiempo⁶, resultando que una vez dictada la resolución de la que dependen y cuya efectividad pretendan asegurar, las medidas cautelares deban extinguirse, bien para ser sustituidas por las actuaciones propiamente ejecutivas o bien para desaparecer porque dicho pronunciamiento no se garantice con las medidas adoptadas.

Por otro lado existen determinados casos en que aun no habiéndose modificado las circunstancias que motivaron la imposición de las medidas cautelares ni habiendo resolución definitiva sobre el proceso principal, la ley establezca unos plazos máximos sobre las mismas transcurridos los cuales haya que alzar la medida cautelar; es el caso de la detención o de la prisión provisional (v. gr., arts. 496, 497, 504, 520, 520 bis L.E.Crim. y arts. 17.2 y 4 C.E). Esta limitación temporal máxima legalmente establecida en cuanto las medidas afecten a derechos fundamentales es denominada por algunos autores como **temporalidad** y no debe confundirse con la provisionalidad “Pues si ambas situaciones aluden a un hecho o situación percederos, el *dies ad quem* de una y otra no son coincidentes; en la provisionalidad depende de un evento sucesivo que se ignora cuándo acaecerá, en tanto que en la temporalidad viene constituido por un momento cierto independiente del devenir de otro evento”⁷

c) Proporcionalidad

Este principio exige que la medida cautelar tiene que ser no solo adecuada a los fines que con ella se persiguen, sino además proporcional a los hechos que se depuran y a su gravedad, de modo que el sacrificio que la medida representa en la esfera de los derechos del imputado no puede ser más onerosa para quien la padece que el posible resultado condenatorio de la sentencia.

En segundo lugar, de este principio también se puede deducir que si existen dos medidas cautelares igualmente eficaces, siempre se elegirá la medida cautelar menos

⁶ MORENO CATENA, Victor., *Manual de Derecho procesal*. Pág. 270; Barona Villar, S., *Revista Poder judicial, n° especial XIX – 2006*. Pág. 251.

⁷ CALAMANDREI, Piero., *Introducción al estudio...*, pág.10.

gravosa o perjudicial para el demandado de forma que no suponga un “sacrificio excesivo e innecesario” de aquél⁸.

d) Homogeneidad

Es un rasgo que en cierto modo se encuentra contenido en los de proporcionalidad e instrumentalidad y requiere que la medida cautelar debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia. No obstante, no puede identificarse completamente con éstas, tanto por el distinto título que las legitima (la declaración del derecho en las ejecutivas; su mera apariencia fundada unida al riesgo de retaso en su efectividad, en las cautelares), cuanto por distinta significación, ya que de actuarse preventivamente medidas ejecutivas más que asegurarse estaría ejecutando y el proceso mismo carecería de utilidad alguna⁹.

e) Jurisdiccionalidad

Esta característica se puede derivar de la naturaleza instrumental propia de las medidas cautelares, su adopción está exclusivamente atribuida a los órganos del Poder Judicial, en cuanto únicos legitimados para dictar la resolución que mediante aquéllas se pretende asegurar¹⁰. El propio Tribunal Constitucional ha establecido una sólida jurisprudencia en orden a reconocer la necesaria vinculación que existe entre la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la adopción de medidas cautelares. A este respecto la STC 238/1992, de 17 de diciembre, señala en el fundamento jurídico tercero: *“Ciertamente, el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para*

⁸ Ss.T.C 15 de octubre de 1982, F.J. 2º, (RJ 62/1982); 31 de enero de 1985, F.J. 2º (RJ 13/1985); 26 de abril de 1990, F.J. 4º.a) (RJ 76/1990).

⁹ Vid., RAMOS MENDEZ, F., Derecho procesa..., cit., Pág.,950; MONTERO AROCA, J., Trabajos de derecho procesal, Barcelona, 1988, pág. 435, citados por ILLESCAS RUS, Angel-Vicente, Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, Nº1, 1995, págs77-79.

¹⁰ Vid. Arts. 117.3 C.E., 2.1 L.O.P.J. Y 9 LECr.

ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC 14/1992 (RTC 1992\14), fundamento jurídico 7º, esto es, que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

Esta propiedad de jurisdiccionalidad implica una obligación del órgano que adopte la medida de motivar la misma, tal como dispone el artículo 120 C.E. y como consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido el T.C. se ha pronunciado en diversa ocasiones diciendo, por ejemplo, que la motivación es un requisito formal esencial del supuesto habilitante para la privación de libertad y, por tanto, que afecta al propio derecho a la misma¹¹ o pronunciándose sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación, siendo una exigencia formal del principio de proporcionalidad y debiendo el órgano judicial, en la resolución que adopte, efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados y los intereses que la medida trata de proteger así como la relación existente entre la medida adoptada y el fin perseguido¹² (es decir, la utilidad a los fines perseguidos en el caso concreto).

Por otro lado, hay que resaltar que la jurisdiccionalidad de las Medidas Cautelares no significa una decisión judicial de oficio ya que requieren una previa petición de parte para que desde el principio de contradicción pueda adoptarse la decisión cautelar, siempre tras oír al sujeto imputado.

Asimismo, existen algunas medidas, como la detención, que pueden realizarse por particulares, por la policía, o por orden del Ministerio Fiscal. No se trata de decisiones no judiciales, si no de actos no judiciales de privación de libertad para, en los plazos legalmente establecidos, llevar al privado de libertad a presencia judicial y que sea la autoridad judicial la que adopte la decisión cautelar. Se trata de lo que la doctrina

¹¹ STC 26 de julio de 1995, F.J. 6º, (RJ 128/1995).

¹² SSTC 14 de febrero de 2000, F.J. 6ª, (RJ 46/2000) y de 23 de febrero de 1995, F.J. 5º, (RJ 52/1995).

italiana ha venido denominado como medidas precautelares y no como medidas cautelares propiamente dichas¹³.

C) Presupuestos de las medidas cautelares

a) “*Fumus boni iuris*”

El humo o apariencia de buen derecho en el proceso penal supone la constatación de indicios de responsabilidad criminal o patrimonial contra una persona que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por las Medidas Cautelares, esto es, en palabras de Gimeno Sendra “la razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible”¹⁴.

Esta proposición resulta válida tanto para las Medidas Cautelares Personales como se desprende de, entre otros, de los artículos 491 (“motivos racionalmente suficientes...” de responsabilidad) y 503.2º (“motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito...”) L.E.Crim., como para las de carácter Real, atendiendo a los artículos 589 (“indicios de criminalidad...”) y 615 (“aparezca indicada la existencia de la responsabilidad...”) L.E.Crim.

Todos estos preceptos coinciden en exigir la existencia de unos signo externos con soporte fáctico real extraídos de los actos de investigación llevados a cabo que, en virtud de un raciocinio, lógico, serio y desapasionado permitan deducir con mayor o menor vehemencia la comisión de un hecho punible, y de cuya realización y consecuencias se presentan como responsables unos sujetos concretos¹⁵. Por tanto, ha de sostenerse, con fundamento al menos indiciario, que se han producido unos hechos delictivos (ELEMENTO OBJETIVO) y que la persona contra quien la medida se decreta es responsable de los mismos (ELEMENTO SUBJETIVO), sea esta responsabilidad penal, o se trate de exclusivamente de responsabilidad civil¹⁶.

¹³ TONINI Paolo. *Manuale di procedura penale*. 15 ed. Milano: Dott. A Giuffrè – Editore, 2014 ISBN 9788814182792 pág. 323.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de “habeas corpus”*. Madrid, 1985, pág. 65.

¹⁵ ILLESCAS RUS, A.V., *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, Nº1, 1995, págs. 66-67.

¹⁶ Vid., MORENO CATENA, V., *Manual de Derecho procesal*. Pág. 272.

b) “*Periculum in mora*”

Podemos definirlo como: “el riesgo derivado del retraso inherente al tiempo que ha de transcurrir hasta que recae la resolución definitiva del proceso¹⁷”. Este riesgo viene constituido por la posibilidad de que en el transcurso de este tiempo pudiera sobrevenir un hecho casual o provocado por alguna de las partes que frustre o dificulte la eficacia de la resolución jurisdiccional.

Estos hechos casuales o provocados, son, en ocasiones, concretados por el legislador mediante la expresión de determinadas circunstancias cuya constatación en la realidad justifican la adopción de la medida. Así sucede con las Medidas Cautelares Personales en los artículos 490 y 492 L.E.Crim. respecto de los presupuestos que pueden determinar la detención y los artículos 503 L.E.Crim. respecto de la prisión provisional (gravedad del delito; circunstancias del hecho; frecuencia; riesgo de fuga; posibilidad de ocultación de pruebas; antecedentes...) y 529 L.E.Crim. en cuanto a la libertad provisional.

En cambio, las Medidas Cautelares Reales no aparecen condicionadas por la exteriorización de un especial riesgo de infructuosidad de la ejecución posterior, reputándose suficiente el mero peligro de retardo.

c) Resolución judicial

El tercer presupuesto para adoptar válidamente medidas cautelares en el proceso penal es una resolución judicial motivada que las ordene. Por tanto, las medidas cautelares se inscriben en un proceso penal ya abierto, y no pueden ser acordadas más que por el juez que las instruya.

Excepcionalmente, concurriendo la imputación y el riesgo por la tramitación del proceso y una resolución más alejada en el tiempo, cabe adoptar de forma provisional una medida cautelar, es decir, preordenada a un posterior proceso penal. Así sucede con

¹⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio...*, pág.18.

la detención preventiva que autoriza la Constitución (art. 17.2) y puede practicar la Policía, e incluso cualquier persona, pero se trata de una medida de duración muy corta y para lograr una finalidad inmediata.

D) las clases de medidas cautelares en el proceso penal

Tradicionalmente se distingue entre Medidas Cautelares Personales y Medidas Cautelares Reales. Las primeras afectan a la persona del imputado, al ejercicio de sus derechos, que se ven limitados o suspendidos; las segundas afectan al patrimonio.

Las Medidas Cautelares Personales son las más trascendentes, habida cuenta de los bienes jurídicos a los que afectan y suponen una limitación o una prohibición en el ejercicio de las libertades individuales, sobre todo de la libertad de movimientos, de la que se puede privar al sujeto a través de la detención o de la prisión provisional, o se puede limitar su ejercicio con la libertad provisional. En definitiva, las Medidas Cautelares representan intromisiones de muy diferente entidad y, en la medida en que afectan a libertades fundamentales, han de acordarse solo cuando resulten estrictamente necesarias para el proceso penal¹⁸.

Las Medidas Cautelares Reales son de contenido patrimonial y afectan a los bienes del imputado o del responsable civil. A través de ellas se pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en el proceso penal.

Por otra parte existen otras clasificaciones como la de la profesora Silvia Barona Vilar¹⁹ que recoge el debate sobre si la función garantizadora de las Medidas Cautelares ha llevado a expandirse esta denominación a medidas que no forman parte de la tutela cautelar propiamente dicha, ya que no se dirigen a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, sino que son medidas que se dirigen a otros fines no cautelares tales como: medidas de prevención general para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes; o de prevención especial para evitar posibles

¹⁸ “Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador” (STC 85/1989, de 10 de mayo).

¹⁹ BARONA VILAR, Silvia. *¿Una nueva concepción expansiva de las Medidas Cautelares Personales en el proceso penal?* Revista poder judicial.2006, nº especial XIX, págs. 254-261.

futuros delitos cometidos por el inculpado; o medidas preventivas personales dirigidas proteger a las víctimas o a sus familias. Para diferenciar este tipo de medidas que tienen una función coercitiva pero no cautelar en el proceso las agrupa a todas como medidas coercitivas como género y las clasifica después en medidas precautelares, cautelares, preventivas e interdictivas como especie.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

A) Identificación de las medidas cautelares personales

a) La citación

(Regulada en los artículos 486-488 LECrim) Es el mínimo tipo de coerción de la libertad que se puede dar, ya que consiste en comparecer ante un Juez instructor para ser oído.

En relación con su naturaleza (aunque algunos autores no la contemplan como medida cautelar) es indudable que está encaminada al aseguramiento del juicio y eficacia de la sentencia que en su día se dicte como consecuencia de los importantes efectos que van ligados a la misma, siendo una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa (artículos 24 C.E. y 118 de la L.E.Cr.).

Efectos: La persona tiene la obligación de asistir el día y hora que se dicte. En caso de que no se cumpla, puede convertirse tal orden en una de detención (si no asiste y no lo justifica). El comparecer le permitirá defenderse, manifestar lo que desee y desviar los cargos de sospecha que tengan sobre él y por tanto, evitar la detención.

La comparecencia del presunto culpable le permite defenderse dando las explicaciones y efectuando las manifestaciones que considere oportunas, pudiendo desvirtuar, de esta forma, los cargos o motivos de sospecha que pesen sobre él; además evita los perjuicios que una detención le ocasionaría.

b) La detención

Recogida en la L.E.Crim. con el nombre “de la detención” (arts. 489-501), regulan una serie de actuaciones que tienden a privar la libertad de una persona. En definitiva, la detención es eso, la privación de la libertad “temporal” de una persona sin la posibilidad deambular hacia donde quiera. Si no se practica exactamente como dice la ley, puede darse el caso de una detención ilegal. Será analizada extensamente en el apartado 3°.

c) La prisión provisional

La prisión provisional se encuentra regulada entre los artículos 502 y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Podemos entender este tipo de privación de libertad como la medida cautelar más gravosa del ordenamiento jurídico cuya función es, con carácter general, evitar el riesgo de fuga del imputado o las posibles intromisiones en el desarrollo del proceso.

Características

Entre las notas esenciales de la prisión provisional podemos destacar las siguientes:

1. Cautelar: la prisión provisional se trata de una medida cautelar en la que concurren las siguientes características:

Instrumentalidad: la adopción de esta medida va a depender siempre de una posible imputación penal.

Provisionalidad y variabilidad: puede ser revisada en cualquier momento del procedimiento.

Temporalidad: su duración depende del cumplimiento de los plazos establecidos en la ley y acordados por el juez.

Jurisdiccionalidad: es competencia exclusiva del juez.

2. Personal: la prisión provisional es de carácter personal, en el sentido de que afecta al derecho de libertad y el principio de presunción de inocencia del acusado.

3. Excepcional: es una medida excepcional, ya que la condición general es que el imputado espere al momento en que se desarrolle el juicio oral en estado de libertad. Por este motivo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 502.2 que la prisión provisional sólo se adopte en aquellos casos en que no se puedan practicar otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad, y por medio de las cuales puedan cumplirse los mismos fines que con la privación de libertad provisional.

4. Proporcionalidad: en todo caso se deberá respetar el principio de proporcionalidad en el ejercicio de esta medida cautelar. Por tanto, se deberá adecuar la misma a los fines constitucionalmente legítimos, es decir, asegurar el desarrollo normal del proceso, así como que la afectación a la libertad del detenido sea razonable con respecto a la importancia del fin perseguido con esta medida.

Presupuestos

El artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece los siguientes presupuestos necesarios para la adopción de esta Medida Cautelar:

1. *Fumus boni iuris*: este presupuesto hace referencia a que deben existir uno o varios hechos que presenten caracteres de un delito. Esto limita el ejercicio de esta medida cautelar en las faltas.

2. *Periculum in mora*: dada la naturaleza cautelar de esta medida provisional, el presupuesto *periculum in mora* reviste la necesidad de asegurar la presencia del imputado a lo largo del proceso.

Así pues, para valorar la existencia de este peligro deberán tenerse en cuenta lo siguiente:

Riesgo de fuga:

La naturaleza del hecho y la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado; la situación familiar, laboral y económica del imputado; la inminencia de la celebración del juicio oral.

Riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas:

La capacidad del imputado para acceder por sí solo o con ayuda de terceros a las fuentes de prueba relacionadas con el proceso pendiente. Deberá tratarse de un peligro fundado y concreto, no de un simple peligro, sin más. El peligro no puede fundarse únicamente en el ejercicio del derecho de defensa o en la no colaboración del imputado en la investigación.

Riesgo de reiteración delictiva:

Las circunstancias del hecho y la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. El hecho imputado deberá ser doloso para poder apreciar este riesgo y ejercitar así esta medida cautelar.

Riesgo de agresión contra los bienes jurídicos de la víctima:

En este caso habrá que tenerse en cuenta para la adopción de la prisión provisional que la víctima sea su cónyuge, ex cónyuge, persona ligada a él afectivamente, hijos, ascendientes o incapaces dependientes del imputado.

Modalidades

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula tres modalidades de la prisión provisional: la prisión provisional comunicada, la incomunicada (artículo 509) y la atenuada (artículo 508).

1. Prisión provisional comunicada. Con carácter general y como señala la ley supone la necesidad de que la privación de libertad se practique de forma que menos perjudique al imputado, es decir, que no se restringan de manera excesiva sus derechos. Por tanto, a todos los presos preventivos hay que garantizarles los derechos de comunicación, ya sea de manera oral, mediante el régimen de visitas, comunicación escrita por medio de correspondencia o comunicación por vías telefónicas.

2. Prisión provisional incomunicada. Si bien la regla general es que el preso se encuentre en situación de comunicación, hay algunos supuestos en los que se puede apreciar que esta situación no sea segura o que pueda llegar a afectar al curso de la investigación penal. Recogidas en el artículo 509 las características son:

Podrá acordarse la incomunicación cuando se puedan estar implicadas personas relacionadas con los hechos investigados, o cuando se pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima o destruir o alterar pruebas relacionadas con la comisión del delito.

La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar peligros anteriores, y en todo caso no podrá durar más de cinco días.

Una vez haber establecido la comunicación normal del imputado se le podrá volver a establecer la incomunicación cuando la investigación ofreciere méritos para ello. En este caso no podrá durar más de tres días.

El régimen de incomunicación implica lo siguiente:

La designación de un Abogado de oficio, en todo caso.

El imputado no tendrá derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o de otra persona que desee, el hecho de la privación de libertad y el lugar.

No podrá entrevistarse con su abogado durante el tiempo que dure la incomunicación.

No podrá recibir ni realizar comunicación de ningún tipo.

En todo caso el auto que estime la incomunicación deberá estar motivado conforme a la ley.

3. Prisión provisional atenuada. Dentro de esta modalidad de privación de libertad provisional podemos destacar dos motivos por los que concurre esta modalidad:

La que permite que el imputado practique el ejercicio de la prisión provisional en su domicilio, bajo las medidas de seguridad pertinentes y la que establece que puede

cumplirse la misma por aquellos que se encuentren sometidos a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes.

Duración

Como medida cautelar, la prisión provisional tendría que durar, con carácter general, hasta que subsistan los motivos que la generaron. Ahora bien, dada la gravedad que comporta esta medida es necesario para la efectiva protección del derecho de libertad del aún no condenado, establecer unos límites legales para la misma.

De esta manera se establecen unos límites máximos de duración de la prisión provisional, en concurrencia con los hechos delictivos y bajo el principio de proporcionalidad. Estos límites se establecen:

Cuando el hecho lleve una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, y la prisión provisional se hubiera dictado en virtud del riesgo de fuga, riesgo contra los bienes jurídicos de la víctima o riesgo de reiteración delictiva, en cuyo caso no podrá exceder de un año.

Cuando el hecho lleve aparejado una pena privativa de libertad superior a tres años, y la prisión provisional se hubiera decretado también conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, su duración no podrá exceder de dos años.

Cuando la prisión provisional se hubiere acordado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas relevantes, su duración no podrá exceder de seis meses.

La fijación de estos plazos de duración de la prisión provisional comporta que transcurridos los mismos, el imputado deberá ser puesto en libertad. Así mismo podrá volver a decretarse esta medida en el caso en que el imputado no compareciere ante el juez en el régimen de libertad provisional.

d) La libertad provisional

La libertad provisional es una medida intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que impide la ausencia del imputado, el cual queda a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente²⁰.

La libertad provisional se establecerá cuando no concurren los requisitos necesarios para decretar la prisión provisional y puede acordarse con o sin fianza²¹, en consecuencia se puede entender que la característica más destacada de esta medida cautelar es que casi todos sus requisitos se determinan de forma negativa respecto de los presupuestos que aprestan la detención o la prisión²².

La resolución correspondiente adoptará la forma de auto, en el que se hará constar si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional y, en caso afirmativo, en el mismo auto el juez o tribunal fijará la calidad y cantidad de la fianza que hubiere de prestar (artículo 529, párrafo 1º). Este auto se notificará al imputado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y será susceptible de apelación (artículo 529, párrafo 2º). El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte (artículo 530).

e) Otras medidas

En el proceso penal suelen adoptarse otro tipo de medidas que implican una restricción provisional de determinados derechos cuya privación, o inhabilitación o suspensión para su ejercicio pueda acordarse en la futura sentencia que se dicte. Esto sucede con la privación provisional del permiso de conducir, que pueda acordarse en los procesos por delitos cometidos con motivo del uso y circulación de vehículos de motor (art. 529 bis LECr.), asimismo la Policía Judicial puede proceder a la intervención del

²⁰ STC 10 de mayo de 1989, F.J. 2º, (RJ 85/1989)

²¹ Artículo 529 LECr.

²² HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid, 1981, pág. 212.

permiso sin que preceda acuerdo judicial (art. 770.6ª LECr.; o la suspensión de cargos o funciones públicas de los procesados por delitos de terrorismo (art. 384 bis); o de los jueces y magistrados (art.383,1, 384 LOPJ), miembros del Ministerio Fiscal (art. 60 EOMF) y funcionarios civiles del Estado (art.48 LFCE); o la suspensión de actividades de sociedades, empresas fundaciones o asociaciones, o la clausura temporal de locales o establecimientos (art. 129.3 Código Penal).

Pero estas medidas aunque coinciden con las cautelares en que implican la restricción de un derecho, no son verdaderas medidas cautelares, sino preventivas, ya que no propenden a asegurar la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia, sino a procurar una respuesta inmediata respecto de ciertas conductas consideradas socialmente peligrosas o alarmantes, lo que constituye, en definitiva, una anticipación del posible pronunciamiento condenatorio de la futura sentencia.

3. LA DETENCIÓN

A) Concepto

El término y el concepto de detención tienen un recorrido solo parcialmente coincidente en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico. Nuestro Tribunal constitucional en Sentencia 98/1986, de 11 de julio, en su fundamento cuarto precisó que: “Debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...” esta noción amplia del Tribunal Constitucional se asemeja más a lo que comúnmente podríamos entender como detención que a la definición que se desprende de las leyes y quienes aplican las mismas, donde se reserva el término detención , y por tanto la aplicación del sistema de garantías previsto en el artículo 17 de la C.E., solo para algunas situaciones de injerencia en el derecho a la libertad. Así como el legislador rehúye denominar algunas situaciones como detención, el propio T.C. y también el T.S, en varias sentencias niegan

la denominación de detención a determinadas situaciones de privación de libertad que bien podrían incluirse en esa definición extensa que hace el propio T.C., por ejemplo:

- La inmovilización para realizar pruebas de detección de la presencia de alcohol o de drogas en el organismo en conductores automovilísticos (Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial art. 12.2). Dice el T.C. que *“El sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el art. 17 de la Constitución...”*²³

- Requerir la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de unas diligencias por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las 6 horas, para llevar a cabo las diligencias de identificación a que se refiere el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (figura conocida doctrinalmente como “retención policial”). Esta ley recientemente aprobada todavía no ha sido objeto de pronunciamiento por el T.C., pero si lo ha sido su predecesora que recoge el “requerimiento de acompañamiento” en su art. 22.2 y del cual proclama su constitucionalidad y define como una medida de privación de libertad diferente de la detención *“el art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3.), <el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones>. Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art. 5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado b), que se lleguen a disponer privaciones de libertad “para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley” y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de la L.O.P.S.C.) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una “obligación” legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar*

²³ STC 18 de febrero de 1988, F.J. 1º, (RJ 22/1988).

*la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.*²⁴

- En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias como por ejemplo en la STS 1344/1997 en la que analiza la diligencia de “cacheo” por los agentes policiales al amparo de los artículos 19 y 20 de la L.O. 1/92 (regulada en la nueva L.O. 4/2015, arts. 18,19 y 20) y mantiene que *“en un plano inferior a la detención y prisión se encuentran los controles preventivos policiales, puesto que no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 C.E. con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto”*, expresando además que el cacheo *“implica una breve medida coactiva que afecta a la libertad ambulatoria, pero que en este sentido se diferencia de forma esencial de la detención, pues su elenco es cuantitativamente reducido y por esta razón las exigencias previstas en la Ley para una detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo”*.

Por otro lado, el legislador utiliza el término detención para aludir a las privaciones de libertad reguladas en:

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 489 a 501.

- Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts. 58 y 61.

- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, arts. 8 y 10 en el ámbito de la extradición pasiva.

- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (donde se integra la orden europea de detención y entrega).

Mientras que no utiliza el término detención para aludir a evidentes privaciones de libertad reguladas, por ejemplo:

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 420 y 463, referidos a compareencias coactivas de testigos y peritos.

²⁴ STC 18 de noviembre de 1993, F.J. 5º, (RJ 341 /1993).

- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, arts. 16 a 20 sobre la diligencias de identificación, registro y comprobación.

- Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial art. 12.2 sobre sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo.

- Ley 22/2003 de 9 de julio, art. 41 y LO 8/2003 de 9 de julio, art. Primero. Leyes para la reforma Concursal que regulan el arresto domiciliario, antiguo arresto del quebrado.

- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, arts. 1 a 3, y Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 26 sobre las privaciones de libertad de enfermos infecto contagiosos.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 763. Sobre internamiento involuntario de enfermos mentales (si bien parte de este artículo ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, no ha sido anulado)

Podría interpretarse que la razón de que no se utilice el término detención para todas las modalidades de privación de libertad que se recogen en nuestras leyes radica en una voluntad del legislador de negar o limitar garantías algunas de las situaciones de privación de libertad, pues el distinto estatus jurídico conlleva distintas garantías o la inexistencia de ellas, pero en definitiva, la jurisprudencia ha venido a reconocer que la libertad puede ser objeto de distintas limitaciones y restricciones y que, atendiendo a la naturaleza de cada situación, la Ley debe regular las garantías en cada caso necesarias para garantizar el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 17.

Con fundamento en esta doctrina puede distinguirse entre restricciones y privaciones de libertad y, dentro de estas últimas, entre la detención preventiva, a la que habría de aplicarse los apartados 2 y 3 del artículo 17 C.E., y el resto de supuestos de privación de libertad a los que no les sería de aplicación las garantías establecidas en el artículo 17, sino los principios que lo informan²⁵.

²⁵ STC 18 de noviembre de 1993, F.J. 5º, (RJ 341/1993).

La tensión entre el impulso garantista y el defensorista.

Para un Estado de Derecho como el nuestro, en el que la dignidad e la persona constituye el fundamento del orden público y de la Paz Social, la detención en el proceso penal, constituye una medida cautelar plena de garantías y sujeta a múltiples límites tanto en lo formal como en lo material y en el aspecto cronológico, es decir, la duración de la detención, cuestión que ha suscitado importantes fallos jurisprudenciales, así de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, como del TEDH.

El art. 17 de la CE proclama en su apartado primero que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”; expresión que bien pudiera decirse, encierra en sí misma las notas que configuran los aspectos enunciados anteriormente, a saber, su naturaleza jurídica, presupuestos y finalidad.

Situada en el “campo de tensión”, del que hablaba GROSSEL , entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, la detención preventiva , en tanto medida restrictiva del derecho fundamental que se acoge en el artículo 17, se nos presenta, como un elemento instrumental y proporcionado, cautelar , y excepcional :

- Instrumental, pues va ordenada a favorecer la ulterior actuación del “Ius Puniendi” del Estado, por la concurrencia de motivos bastantes que corroboran la presunta comisión de un delito, “apuntando a la postre –como expresaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 febrero 1995- a la incoación de un proceso penal depurador de responsabilidades”, y guardando el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que pudiera sufrir la dignidad de la persona detenida.

- Cautelar, en tanto la detención preventiva, que cierra el cerco de libertad de movimiento del individuo, supone un “status” acotado temporalmente, que tiene que contar con un mínimo de sustrato indiciario, y que no debe aguardar comprobaciones exhaustivas; por lo que se concibe- como afirma la sentencia aludida- bien como

antesala de la prisión preventiva, o de la libertad provisional, o bien como preludio de una libertad sin trabas, consecuencia de dejarse sin efecto la medida.

- Excepcional, dado que solo debe arbitrarse “en los casos y en la forma previstos en la Ley”, de manera, que esta nota característica de su naturaleza jurídica, queda estrechamente vinculada con los presupuestos de su adopción.

La tensión entre impulsos adversos de la que hemos hablado al principio ha llevado en ocasiones a los autores a redescubrir el llamado Derecho penal del enemigo²⁶ y a asumir unos insanos y radicales posicionamientos en los casos de terrorismo²⁷.

B) Clases

Son muchas las clasificaciones que pueden hacerse de la detención. En este trabajo vamos a centrarnos en las que creemos que mejor engloban todos los tipos de detención, ya que atendiendo a diferentes características, las clasificaciones serían innumerables.

a) Especiales y con fines ajenos al proceso penal

Dentro de esta categoría se encuentran ciertas privaciones de libertad que en muchas ocasiones no reciben la denominación de detención y que se adoptan con fines ajenos al proceso penal pero que se adecuan a los fines previstos en el art. 5 CEDH²⁸

²⁶ Sobre ello, MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, en Revista Penal, n.º 16, Madrid, 2005, pp. 126-128; DONINI, M., *El Derecho penal frente al “enemigo”*, en Cancio Meliá – Gómez-Jara Díez (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires, Edisofer, 2006 pp. 617-629; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delitos sexuales violentos*, en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 699-709; crítico, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana*, pp. 271-273.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *L’imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell’emergenza*, en *Dei delitti e delle pene*, n.º 3, 1983. Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *¿El Derecho penal garantista en retirada?* en Revista Penal, n.º 21, enero de 2008, pp. 148 y siguientes

²⁸ Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1) La detención de un extranjero que se encuentra ilegalmente en España

En este apartado vamos a tratar los supuestos de internamiento de extranjeros en un CIE²⁹.

La actual regulación de esta materia se halla en la LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, reformada sucesivamente por distintas Leyes Orgánicas, en el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros³⁰ y en el Reglamento de Extranjería³¹.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

²⁹ Centro de internamiento de extranjeros.

³⁰ Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo

Tres son los supuestos en los que se puede acordar el internamiento de un ciudadano extranjero en un CIE al objeto de asegurar su expulsión del territorio nacional:

- **Retorno:** Supone la denegación de entrada en el territorio nacional por no cumplir los requisitos establecidos³². A diferencia de lo que ocurre con la expulsión y la devolución (al menos en el supuesto de pretensión de entrar ilegalmente en territorio Español) su naturaleza no es sancionadora. Se trata de una mera resolución administrativa desfavorable.

Cuando el extranjero intenta acceder por los puertos fronterizos habilitados sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, se realizará la denegación de entrada que lleva aparejada la orden gubernativa de retorno del extranjero no admitido, tratándose de dos figuras (la denegación de entrada y el retorno) distintas pero íntimamente conectadas en la medida en que una es consecuencia necesaria de la otra, y ambas deben cumplir unas garantías comunes de procedimiento.

La espera del extranjero en las zonas de tránsito de aeropuertos y puertos supondrá una afectación de su libertad personal, que se verá prolongada en el caso de que se adopte una medida de internamiento como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el retorno en el plazo de 72 horas. La solicitud de internamiento corresponde a la autoridad gubernativa, delegado o subdelegado de gobierno, o, por delegación, al funcionario responsable del puesto fronterizo habilitado, que la presentará ante el juez de instrucción del lugar donde se haya producido la detención, a fin de que determine el lugar donde el extranjero haya de ser internado.

- **Devolución:** La figura de la devolución opera cuando se producen dos situaciones contempladas en el art. 58.3 de la LO 4/2000, a saber:

1. Contravención de la prohibición de entrada en España por quien ya fue expulsado.

2. Entrada ilegal en el país.

³¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril

³² Establecidos en el art. 25 LOEX y art. 6 RLOEX

En el primero de los casos, la prohibición de entrada puede haberse acordado en decisión judicial o administrativa o en virtud de las disposiciones vinculantes de los tratados internacionales ratificadas por España.

Al igual que ocurre con el retorno, si la devolución no puede ejecutarse en el plazo de 72, se solicitará la medida de internamiento del extranjero al juez de instrucción del lugar donde se hubiera producido la detención.

- **Expulsión:** En función del órgano competente para ordenarla se distingue entre:

-Expulsión judicial, que corresponde a un juez del orden de lo penal.

-Expulsión administrativa o gubernativa, que corresponde al delegado o subdelegado de gobierno, según el caso (art. 55.2 LO 4/2000).

Los supuestos de expulsión con autorización judicial son los previstos en el art. 57.7 LO 4/2000 para los procesados o inculcados en proceso penal, con pena inferior a seis años; y en el art. 89.1 CP³³, como sustitución de la pena, respecto a los condenados a penas superiores a un año e inferiores a cinco años impuestas a ciudadanos extranjeros.

La expulsión administrativa, determinante en ciertos casos a los efectos de ingreso de un extranjero en un CIE, se produce “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta ley Orgánica(...)” (art. 57.1 LO 4/2000) y la expulsión sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados (art. 57.2 LO 4/2000).

Las características de los centros donde se produce el internamiento son a grandes rasgos los siguientes:

En primer lugar, se trata de espacios públicos dependientes del Ministerio de Interior a través de la Dirección General de Policía. La relación de sujeción especial a la que quedan sometidos los internos, al igual que ocurre con los reclusos en los centros penitenciarios, determinará una mayor diligencia por parte de las autoridades

³³ Modificación introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

públicas en el respeto de los Derechos Fundamentales de los internos. En segundo lugar, son espacios no carcelarios, lo que viene determinado por la propia naturaleza del internamiento de extranjeros como infracción administrativa y no penal. Ello implica que no pueda hacerse uso del *ius puniendi* del estado frente a los migrantes irregulares al no haber cometido delito alguno tipificado en el Código Penal

Otro rasgo importante viene determinado por la duración de la estancia en los CIE, que ha de ser necesariamente provisional. En la actualidad el plazo máximo de permanencia en estos establecimientos es de 60 días, lo que es considerado por muchos excesivamente largo teniendo en cuenta la situación en la que los internos se hallan.

2) el arresto domiciliario, antiguo arresto del quebrado.

La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, hace alusión tanto en la exposición de motivos como en su artículo primero al arresto domiciliario. Se establece que si el deudor incumpliera el deber de residencia o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluida el arresto domiciliaria. Pero este arresto domiciliario debe contemplarse tan solo como medida extrema cuando el deudor infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o cuando existan motivos fundados para temer que lo haga.

El arresto domiciliario del concursado solo debe acordarse como medida extrema teniendo muy presente la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre todo la de la sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, que declaró constitucional el arresto del quebrado previsto en los artículos 133, 1335 y 1340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y del artículo 1829 del Código de comercio de 1829 siempre y cuando se interpreten de acuerdo con los términos que se recogen en los fundamentos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, porque así serán compatibles con los artículos 17 y 24 de la Constitución, es decir, con el derecho fundamental a la libertad personal y a la seguridad, con la reserva de Ley y con la proporcionalidad entre el derecho a la libertad y a la restricción de ésta.

Por ello, el arresto domiciliario tan solo puede decretarse por el tiempo estrictamente necesario, acordarse según el principio de proporcionalidad y de acuerdo con los fines perseguidos de acuerdo con lo previsto en el número 3 del artículo primero de la Ley y con respeto a la doctrina constitucional.³⁴

3) el internamiento involuntario de enfermos mentales.

El internamiento de los presuntos incapaces venía regulado en un Decreto de 3 de julio de 1931, que sometía el ingreso a un control administrativo. Como en muchos casos tal internamiento se convertía en una incapacitación *de facto*, y en una verdadera prisión a la que se llegaba sin intervención judicial, la doctrina reclamó reiteradamente su derogación y el establecimiento de un control judicial, que es precisamente lo que hizo la Ley 13/1983, sobre tutela, que estableció una regulación cuyas líneas fundamentales mantiene la L.E.C que dispone que:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (...)” el resto del artículo 763 detalla el procedimiento que debe contemplarse en caso de adopción de tal medida, pero lo que realmente llama la atención es la configuración del mismo de una manera asimilable a la detención, incluso con los mismos plazos que contempla el art. 17.2 CE para la detención preventiva. Finalmente algunos incisos de este artículo (concretamente los subrayados) han sido declarados inconstitucionales por entender el Tribunal Constitucional que estos

³⁴ SANCHEZ-CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. Comentarios a la legislación concursal, tomo IV. Valladolid, páginas 3980-3982.

preceptos requerían el rango de Ley Orgánica ya que son constitutivos de una privación de libertad, no siendo suficiente la Ley ordinaria, como lo es la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien la propia sentencia proclama que a la declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse la declaración de nulidad, pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, e insta al legislador para que, a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica³⁵.

4) la privación de libertad acordada en materia de salud pública.

Esta detención se encuentra regulada en los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante LOSP) y en los arts. 26 a 28 de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), si bien esta última se refiere a medidas limitativas que no afecten a derechos fundamentales ya que tratándose de una ley ordinaria no puede incidir en el contenido de los mismos.

Ciñéndonos ya al catálogo concreto de las medidas preventivas que pueden incidir sobre el derecho a la libertad personal el art. 2 de la LOSP cita una relación de cuatro medidas: Reconocimiento, tratamiento, hospitalización y control.

De todas ellas la hospitalización es la que tiene una mayor incidencia en el derecho a la libertad personal, ya que supone el internamiento en un centro para ser atendido y cuya duración, cuando se trate de enfermedades contagiosas, puede llevar al establecimiento de cuarentenas o aislamientos de la persona, afectando entonces al derecho a la libertad de movimientos y circulación.

El peculiar problema que plantean las privaciones de libertad acordadas por las Autoridades Sanitarias en este ámbito de la protección de la salud colectiva, es el de su necesario control judicial y, sobre todo, el de la delimitación del ámbito de su competencia objetiva o, dicho de otro modo, si corresponde al Juez de Instrucción de Guardia o al de lo Contencioso –administrativo del lugar donde se encuentre la persona internada, el control de la legalidad de su privación o restricción de su libertad.

³⁵ STC de 2 de diciembre de 2010, F.J. 3º, (RJ 132/2010)

El problema surge porque, de una parte, la titularidad del control judicial sobre el procedimiento de *habeas corpus* viene atribuida por el art. 2º, párrafo primero de su ley reguladora al Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; pero por otra parte, en el art. 8.6 párrafo segundo de la LJCA³⁶ se atribuye como competencia específica al Juez de lo Contencioso-administrativo la “autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad”.

La opinión de algunos autores³⁷ es que ambos procedimientos resultan perfectamente compatibles, ya que ambos constituyen mecanismos de garantía de la efectividad del derecho a la libertad personal y no podrían afectar negativamente al propio derecho fundamental que tratan de proteger. Además, el control que realiza el Juez de Instrucción en el ámbito del procedimiento de *habeas corpus* es un mero control formal o externo, es decir, en el caso de una denuncia por privación ilícita de libertad el juez de instrucción se limitaría a verificar si tal medida ha sido adoptada por el órgano gubernativo-sanitario competente, si la medida reúne las exigencias de motivación y de proporcionalidad adecuada y si las condiciones de privación se ajustan a las exigencias propias de la dignidad humana; por otro lado, al Juez de lo Contencioso-administrativo le correspondería el control interno de la medida, es decir si realmente era o no procedente, si está suficientemente apoyada en un presupuesto legal, si la ejecución de la medida se ha ajustado o no a derecho y si la aplicación al caso concreto estaba justificada.

5) la detención en menores de edad.

La detención en menores es distinta a la que se entiende con mayores de edad, y a su vez también varía dependiendo la edad del menor. En todos los casos la detención de menores deberá efectuarse de la forma que menos perjudique a este y estarán obligados a informales, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le

³⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

³⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *Detención y “habeas corpus”: supuestos no penales*. Detención policial y “habeas corpus”. Manuales de formación continuada. 2009, nº 48, págs. 129-139.

asisten. Deberá notificarse su detención y el lugar de custodia a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal.

Un menor de 14 años, según la ley, no tiene ningún tipo de responsabilidad criminal, ni por el C.P. ni por la ley del menor, por ello habría que preguntarse si puede existir la detención.

Realmente a un menor de 14 años se le puede detener, no obstante, esta detención no tiene nada que ver con otras que se hagan con una persona mayor de esa edad.

La detención será exclusivamente para ponerlo a disposición de sus padres, y también para valorar de cierta forma, si ese menor de 14 años, está correctamente atendido o tiene algún tipo de problema social y familiar, además las responsabilidades civiles se les podrán cargar a sus responsables. Los agentes que realicen esta detención deben tener en cuenta si se detecta algún tipo de problema del menor con los padres, para avisar a los servicios sociales

Por otro lado si los hechos son constitutivos de delito deberá darse cuenta al Ministerio Fiscal el cual remitirá a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos y dicha entidad habrá de promover las medidas previstas en la LO 1/1996, de 15 de enero, conforme establece el artículo 3 de la LO 5/2000, de 12 de enero y el artículo 172 del código civil.

Los mayores de 14 años y menores de 18 años son responsables penalmente, y en base a los delitos tipificados en el C.P., no obstante, las penas que correspondan, serán aplicadas en relación a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.

Los menores tienen los mismos derechos que los mayores de edad y además, hay que evitar, en la medida de lo posible, el uso de grilletes, vehículos policiales y en todo caso, acercamientos con detenidos mayores de edad.

En la detención de un menor habrá que avisar de forma inmediata a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal, que será el que decida, ante la gravedad de los hechos, si ponerlo en libertad o dar cuenta al Juez de menores.

Si se procede a tomar declaración al menor, además de su abogado han de estar presentes sus padres o tutores, salvo que sea perjudicial porque estén directamente involucrados en el ilícito penal.

La detención de un menor no podrá durar nunca más del tiempo estrictamente necesario para la aclaración de los hechos, y en todo caso un plazo máximo de 24 horas tendrá que ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal que tendrá que resolver en un plazo máximo de 48 horas, a partir de la detención, sobre la libertad del menor o bien la desestimación o incoación del expediente, poniéndolo a disposición del Juez de menores.

Por otro lado, cuando se trate de menores presuntamente responsables de la comisión de delitos de terrorismo será de aplicación lo establecido en el artículo 520 bis LECr, salvo en lo que se refiera a las atribuciones del juez de menores conforme se establece en el artículo 17.4 LO 5/2000.

En resumen, cuando exista un menor de edad por medio, las FCE deben tomar las máximas precauciones y velar de forma más exhaustiva por su protección y derechos. En todo momento el Ministerio Fiscal dirigirá la instrucción y decidirá sobre la medida que tomar con el menor, a diferencia que ocurre con los mayores de edad.³⁸

b) Ordinarias o con fines propios del proceso penal. La detención imputativa.

Son las detenciones que pueden adoptarse en atención al aseguramiento de los fines del proceso penal. Por un lado podemos distinguir:

PRIMERO: La detención como medida cautelar dirigida al aseguramiento del responsable de la infracción penal determinante de la incoación del proceso con la finalidad de garantizar su eficacia. Es una medida cautelar y tiene lugar cuando el proceso penal todavía no se ha incoado, o durante la tramitación del mismo, ya que en estos casos cumple su función aseguradora. Los presupuestos de esta detención son los siguientes (todos ellos contenidos en la LECr.):

³⁸ ALONSO PÉREZ, Francisco. Manual del policía. Madrid, 2004, Páginas 312-318.

- Que alguien intente cometer un delito o sea sorprendido en el momento de la comisión (art. 490, 1º y 2º).

-Que se fugue estando detenido o preso provisional (art. 490. 6º).

- Que el procesado se encuentre en rebeldía (art. 490. 7º).

- Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena superior a tres años de prisión (art. 492. 2º; equivalencias de penas según reforma introducida por Disposición Transitoria undécima de la L.O. 10/95, 23 de noviembre del C.P.). En este caso no procedería la detención si previamente el órgano jurisdiccional hubiera decretado su libertad provisional.

- Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena de prisión de seis meses a tres años o inferior, si por sus antecedentes o por las circunstancias del hecho, pudiera preverse que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial (art. 492. 3º).

SEGUNDO: La detención como medida ejecutiva, que tiene por objeto imponer la realización de una ejecución actual y no garantizar la futura ejecución. Los presupuestos de la detención de conformidad con lo preceptuado en la LECr., son los que se expresan a continuación:

- El quebrantamiento por un condenado de una pena privativa de libertad, fugándose de la cárcel, o al ser conducido al citado establecimiento (art. 490. 3º, 4º y 5º).

-El condenado que estuviere en rebeldía (art. 490.7º).

TERCERO: otro tipo de detenciones tendentes a garantizar el cumplimiento de un deber legal, ya sea la el deber de atender a una comparecencia (LECrims arts. 420 y 463 referidos a comparecencias coactivas de testigos o peritos) o ya el de lograr la identificación de un sujeto, la detención para el sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo o la detención para la diligencia de registro.

c) Las especialidades de la detención por razón de la persona detenida

La facultad de detener atribuida a los particulares y el deber impuesto a las autoridades judiciales y fiscales y, sobre todo, a las FCE, encuentran en ocasiones ciertas limitaciones y especialidades impuestas legalmente.

1. Inmunidades y aforamientos

Las inmunidades son supuestos excepcionales de renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* respecto de algunas personas, ya de manera absoluta o solamente con relación a determinadas conductas delictivas. En tales casos, no pudiendo imponerse pena alguna, el proceso penal carece de sentido y también en consecuencia la detención imputativa, dada su naturaleza de medida cautelar.

Los aforamientos son supuestos en los que el Estado no renuncia al ejercicio del *ius puniendi*, si no que la ley establece un procedimiento procesal diferenciado cuando se imputa a determinadas personas que se manifiesta en la atribución de la instrucción y del enjuiciamiento a órganos en principio no llamados a conocer así como en la imposición de requisitos adicionales a la detención de tales personas.

El primer problema que suscita la existencia de ese régimen jurídico diferenciado para determinadas personas es su carácter discriminatorio frente a la generalidad de los ciudadanos. Sin embargo, es preciso entender que dichas excepciones y limitaciones no pugnan con el principio de igualdad consagrado constitucionalmente, pues en realidad no constituyen privilegios personales sino garantías reforzadas de ciertas personas basadas en la importancia que para la sociedad tienen las funciones que desempeñan, y únicamente concebidas como medio de asegurar su eficaz cumplimiento³⁹.

Las inmunidades frente a la detención se deben a razones de Derecho público interno o de Derecho público internacional. Entre las primeras se encuentran se encuentran las relativas a las más altas magistraturas del estado, y entre las segundas los

³⁹ STC 27 de noviembre de 1992, F.J. 3º, (RJ 206/2012).

altos representantes de la soberanía de los Estados extranjeros. Para alguna de estas personas la inmunidad es absoluta, lo que supone la imposibilidad legal de llevar a cabo su detención; para otras es relativa, de manera que la imposibilidad de ser detenidos se contrae solamente a determinados delitos:

1º) El rey y el Regente: El art. 56.5 C.E establece que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Por tanto en ningún caso podrá ser detenido. La misma posición ocuparía el Regente por tratarse una prerrogativa anexa a la condición de Jefe del Estado.

2º) Los Jefes de Estado extranjeros y los Embajadores y Diplomáticos de otros Estados acreditados en España: Gozan de inmunidad absoluta, por lo que no podrían ser detenidos en ningún caso (Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, arts. 29, 31 y 32). Igual norma rige para los representantes y miembros de las misiones diplomáticas acreditadas en los Organismos Internacionales.

3º) Los agentes consulares y asimilados: El art. 43 del Convenio de Viena de relaciones privilegios e inmunidades consulares de 24 de abril de 1963 dispone que los funcionarios y empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. En cuanto a los demás delitos que puedan cometer establece el art. 41 del Convenio que solo podrán ser detenidos cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente. Además, cuando se adopte la detención, el obligado receptor está obligado a comunicarlo al jefe de la oficina consular (art. 42 del Convenio).

4º) Diputados, Senadores y demás Parlamentarios: Conforme al art 71 CE, arts. 10, 11, 12 del Reglamento del Congreso y art. 21 del Reglamento del senado: Durante su periodo de mandato solo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito, no pudiendo ser procesados sin la previa autorización de su cámara. Además solo será competente para juzgarlos la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Posteriormente a su mandato siguen gozando de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

Similares reglas rigen para los parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas así como para los miembros del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

6º) Jueces y Fiscales y magistrados del TC: De los artículos 398 LOPJ, 56 EOMF Y 22 LOTC, resulta evidente su inmunidad por los delitos de opinión en el ejercicio de su cargo, en cuanto a su detención por los restantes delitos que pudieran cometer, resultaría viable solo en los casos de flagrante delito o por orden del juez competente.

7º) Defensor del pueblo y sus adjuntos: No podrán ser detenidos sino en caso de flagrante delito o por orden de la Sala segunda del Tribunal Supremo (art. 6.2º, 3º y 4º de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo).

8º) Los miembros de las mesas electorales: no podrán ser detenidos salvo flagrante delito durante las horas de la elección en las que deban desempeñar su cargo (art. 90 de la LO 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

9º) Los militares de servicio: Conforme al art. 173.1 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, los militares en el desempeño de su servicio de armas u otro cometido esencialmente militar sólo podrán ser detenidos por sus jefes, a no ser que hubieran cometido delito y estuvieran fuera del alcance de los mismos.

2. Especialidades personales de la detención.

Existen algunos supuestos en los que se debe comunicar la detención a ciertas personas u organismos relacionados de alguna manera con la persona detenida:

1º) Detención de militares fuera de servicio: Según el art. 173.2º de las Reales Ordenanzas, el militar detenido tiene el deber de comunicar a la autoridad o al agente de policía que lo detenga su condición de militar, teniendo estos obligación de comunicar el hecho de la detención y el lugar de custodia a sus superiores.

2º) Clérigos y religiosos: Los acuerdos Jurídicos entre la Iglesia Católica y el Estado Español de 28 de junio de 1976, imponen a la autoridad o agente que practique

la detención, el deber de comunicar la detención al Obispo de la circunscripción o lugar en que la privación de libertad se produzca.

3º) Menores de 18 años e incapacitados: Conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley de Responsabilidad del Menor y el art. 520.3 LECr., su detención y lugar de custodia debe comunicarse a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor o del incapacitado y, si no fueren halladas estas personas se dará cuenta al Ministerio Fiscal, salvo que el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, en cuyo caso su detención debe ser comunicada de oficio al Cónsul de su país, en lugar de al Ministerio Fiscal.

C) Legitimación para la detención. Clases de detención imputativa según el sujeto que la practique

En el Capítulo II del Título VI de la LECr, tras la declaración de principios que contiene el art. 489, se aborda la delicada cuestión de la legitimación para efectuar una detención. La Ley señala, junto a los particulares, que son titulares de una mera situación de poder o posibilidad de actuación (“cualquier persona puede detener...”), a los órganos del poder público que tienen atribuida la potestad necesaria para llevar a cabo, de forma válida, la afectación del derecho fundamental a la libertad, que supone la detención.

A diferencia de los particulares, que tienen una mera facultad de detener, la “obligación” de hacerlo, incumbe y es exigible a las autoridades (Juez o Tribunal) y a los agentes de la Policía Judicial, a lo que debemos añadir la previsión contenida en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que en su art. 5.2, autoriza igualmente su adopción, por parte de dicho representante público.

a) La detención practicada por particulares y profesionales de la seguridad privada

Cualquier persona puede practicar una detención en los casos previstos en la ley. Se trata de situaciones expresamente reguladas en el art. 490 LECrim. en las que se concede la facultad de detener a cualquier persona además de a las autoridades y agentes de la policía judicial que legalmente pueden practicar una privación de libertad de este tipo aunque, obviamente, la habilitación que se contiene en el art. 490 se trata de la concesión de una facultad (“Cualquier persona puede detener...”) y no de un deber legal.

Supuestos del artículo 490 LECrim:

1º) “Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo”. Este apartado ha suscitado diferentes interpretaciones. Para nosotros la interpretación más acorde con la naturaleza procesal de la detención sería la que hace referencia al de la detención ante un supuesto de tentativa punible, con lo cual se puede englobar con la autorización legal para detener a aquel que es sorprendido “in fraganti”⁴⁰. Se podría interpretar si el legislador en este precepto pretende facultar a cualquiera para detener a aquel que de forma inminente se dispone a cometer actos preparatorios punibles, es decir, no es necesario que el delincuente haya iniciado propiamente los actos de ejecución del delito, si no que basta con que haya realizado o realice actos preparatorios externos punibles: conspiración, proposición y provocación⁴¹ (arts. 17 y 18 del Código Penal). En cualquier caso esta interpretación quedaría dentro de una situación “in fraganti”, por lo que entendemos que este apartado primero puede integrarse en el supuesto de flagrancia delictiva referido en el apartado segundo del mismo artículo.

2º) “Al delincuente in fraganti”. Si bien existe una definición legal de la flagrancia delictiva referida a los “juicios rápidos” en el artículo 795 LECr⁴² podemos definir brevemente, conforme a la tradición jurídica española, como delincuente in fraganti a aquel delincuente que es sorprendido (visto directamente o percibido de otro

⁴⁰ Vid. entre otros, QUERALT/JIMÉNEZ QUINTANA. *Manual de policía judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1989, págs. 66 y ss.; DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La detención por delito*. Pamplona, 1998, Pág. 78.

⁴¹ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. ISBN 84-8002-189-6

⁴²“(...) se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él (...)”

modo) en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito. Es decir, el particular debe apreciar, ver u observar (eso es lo que significa flagrante, “que se percibe por los sentidos sin necesidad de razonamiento”) un delito.

Los cuatro siguientes apartados del artículo 490 son todos **supuestos de detención en casos de fuga** de una persona detenida, presa o fugada:

3º) “Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena”.

4º) “Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme”.

5º) “Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior”.

6º) “Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente”.

Se puede apreciar que las conductas descritas en estos cuatro apartados del artículo 490 incurren en un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 del Código Penal, por lo que podríamos decir que la habilitación para detener que contienen se funda en un supuesto de flagrancia delictiva.

7º) “Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía”. Este supuesto constituye la detención del declarado rebelde en el curso de un proceso penal y, por tanto, respecto del que se ha decretado su prisión y busca mediante requisitoria o, lo que es lo mismo, la detención del reclamado por el juez instructor o el tribunal sentenciador. El título que permite la detención por cualquiera es la declaración de rebeldía.

La detención realizada por particulares es bastante excepcional en su práctica por lo que quizá sea que despierta alguna controversia teórica en cuanto a si debe aplicarse a todo tipo de delitos, o como ha mantenido (Aguilera De Paz) solo ha de aplicarse a los hechos que puedan ser constitutivos de delitos públicos o que afecten al interés del Estado ya que si el hecho que sirve de causa a la detención sólo debe constituir un delito privado, únicamente podrán llevarla a cabo aquellas personas que tuvieran derecho a ejercitar la acción penal, puesto que sin su voluntad, no puede

seguirse el procedimiento, ni es posible ejecutar acto alguno para la persecución y castigo de esa clase de delitos.

Por otra parte, es preciso poner de relieve que algunos autores opinan que solo debería poder practicarse la detención por particulares en los casos de flagrancia delictiva y que en los demás casos el particular debería limitarse a poner los hechos en conocimiento de las Autoridades competentes para que sean estas las que actúen⁴³.

Si nos fijamos en los ordenamientos de nuestro entorno en lo referente a la detención en flagrancia, podemos observar en algunos de ellos la exigencia de algún requisito adicional a la situación de flagrancia delictiva para habilitar la detención por particulares.

Por ejemplo, el CPP italiano, en sus artículos 380 y 383, añade a la situación de ser "*colto in flagranza*", la exigencia de que se hayan cometido determinados delitos considerados graves y enumerados en los preceptos mencionados, así como que se trate de hechos delictivos perseguibles de oficio.

El Código penal francés, en su artículo 73, establece que cualquier persona podrá detener en caso de crimen o delito flagrante siempre y cuando estos hechos estén castigados con pena de prisión.

Por último, artículo 127 de la StPO alemana añade igualmente al requisito de la flagrancia (*frische tat*) la concurrencia en el supuesto concreto de un peligro de fuga (*flucht verdächtig*), o que no pueda el sujeto ser identificado en ese mismo momento.

Obligaciones del particular que practique la detención:

- Justificar, si lo exige el detenido, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en algunos de los casos habilitantes de la detención del art. 490, LECrim (art. 491, LECrim) .Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de los requisitos habilitantes para la detención por parte del particular, daría lugar a la comisión de un delito de detenciones ilegales del art. 163.4 del CP, sin perjuicio de la posible concurrencia de situaciones de error vencible o invencible, reconducibles al art. 14.3del Código penal (CP).

⁴³ BANALOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid, 1996, pág. 375.

- Puesta inmediata del detenido a disposición policial o judicial (art. 496, LECrim). El incumplimiento de dicha obligación daría, también, lugar a la tipicidad del art. 163.4, CP. En este sentido, hay que tener en cuenta que el plazo de 24 horas a que se refiere el art. 496, LECrim se trata de un límite máximo, pero no de una habilitación para mantener a la persona detenida si es razonablemente posible ponerla a disposición de la autoridad policial o judicial con anterioridad al transcurso de dicho plazo.

El peligro que representa la “facultad” de los particulares de proceder a la detención de cualquier persona en los supuestos legales es el de que el *error iuris* del ciudadano le pueda llevar a atentar contra un derecho fundamental de otro.

Detenciones llevadas a cabo por miembros de la seguridad privada

Esta materia ha sufrido una importante modificación con la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP, en adelante), que entró en vigor el 5 de junio de 2014, derogando la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio, y su Reglamento de desarrollo Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre en lo que contravenga a la nueva Ley de Seguridad Privada.

Si bien ya existían algunas diferencias en relación con la detención realizada por particulares como el hecho de que en determinados casos de auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la detención, puede considerarse un deber y no una facultad solamente, aunque, de ningún modo, se trate de una potestad semejante a la policial⁴⁴, se produce una alteración fundamental en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de detención; efectivamente, hasta este momento **las detenciones llevadas a cabo por miembros de la seguridad privada tienen el carácter, únicamente, de “detención de particular”** en el sentido del artículo 490 de la LECri. Lo que hace el artículo 32 de la LSP⁴⁵ es reconocerles una competencia para la detención que excede de la de

⁴⁴ Art. 30,h) LSP “Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El personal de seguridad privada estará obligado a auxiliar y colaborar especialmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a facilitarles la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, y a seguir sus instrucciones en relación con el servicio de seguridad privada que estuvieren prestando”.

⁴⁵ Art. 32,b) LSP “En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal, la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a cualquier persona practicar la detención”.

particulares (es un *tertium genus*)⁴⁶, y no está sometida a limitación alguna (como sucede con aquélla en lo que importa a la concurrencia de (artículo 491 LECri): “motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido” en alguno de los casos a los que se refiere el artículo 490 LECri. Pero más alarmante todavía es que no se establece limitación alguna tampoco en el sentido al que se refiere el artículo 492 LECri. en referencia a la “Autoridad o agente de policía judicial”.

Es decir, se reconoce expresamente a los agentes de la seguridad privada facultades para detener sin limitación y sin especificación casuística alguna ni de forma, en directa conculcación de lo que dispone el artículo 17.1 CE: “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”, y en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La conclusión, así, no puede ser más que la de una directa inconstitucionalidad de esta Ley en el que es uno de los aspectos más sensibles de las declaraciones de derechos: la libertad personal.

b) La detención policial

1) Concepto

La define el Tribunal Supremo⁴⁷ como la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁴⁸(en adelante FCS) para privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición de la Autoridad judicial. Al meditar sobre su naturaleza jurídica se la define como medida cautelar realizada en el curso de un

⁴⁶ Informe sobre la reforma de la LSP realizado por la sección de derechos humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

⁴⁷ ATS 7 de marzo de 1995, F.J. Único (RJ 519/1995).

⁴⁸ Artículo 2 Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

- a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.
- b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.
- c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada a garantizar la futura aplicación del “*ius puniendi*” y, de modo inmediato, a proporcionar al Juez de Instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional.

En cuanto a la distinción entre policía judicial y FCS no quisiéramos extendernos en la misma en este trabajo ya que el término Policía Judicial es de imprecisos contornos y de difícil delimitación. Las normas que se refieren a ella se encuentran dispersas entre la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Real Decreto de la Policía Judicial⁴⁹. Resumidamente podemos decir que todas las FCS son susceptibles de ejercer funciones de Policía Judicial y que su función primordial y básica es la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Sin embargo, en sentido estricto, constituyen la Policía Judicial las unidades a que se refiere el artículo 444 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que: “i. Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden. 2. Por Ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros”. Pero a efectos prácticos de la detención no vamos a realizar ninguna distinción entre las FCS ya que cuando los agentes policiales practican una detención bajo los supuestos de detención policial regulados en los artículos 489 y siguientes de la LECr, no lo hacen en ejecución de una supuesta potestad administrativa, sino en su cualidad de agentes de la policía judicial, como consecuencia de la comisión de un hecho punible y en función de la instauración de un proceso penal posterior. En consecuencia, las FCS se denominan policía judicial ya que actúan como órgano auxiliar de la jurisdicción penal, por lo que las diligencias que hace lo son “a prevención” hasta que el juez instructor asume la dirección del proceso.

Podemos decir por tanto que la detención practicada por las FCS es una frecuente medida cautelar que tiene como antecedente la concurrencia de alguna circunstancia que permita atribuir responsabilidad o participación en él a una persona al menos indiciariamente. Los supuestos de detención basados en la imputación de un

⁴⁹ Constitución Española en su artículo 126, Ley Orgánica del Poder Judicial que, en su artículo 443, RD 769/1987, de 19 de junio, de Policía Judicial, cuyo artículo 2 d, Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone por su parte, en su artículo 282...

delito se hallan previstos en el art. 492⁵⁰ en relación con el art. 490 (analizado en el apartado anterior). Todos los supuestos contenidos en los preceptos anteriormente citados, se resumen en tres: 1) los supuestos de flagrancia delictiva, 2) el quebrantamiento de una medida cautelar personal o de una pena privativa de libertad y 3) la detención por sospecha.

Por otra parte debemos hacer referencia a la detención policial cuando se trata de delitos privados, en este caso las FCS únicamente deberán llevar a cabo la detención a instancia del ofendido que se halle legitimado para perseguirlo, así se desprende del artículo 273 LECr⁵¹.

2) Supuestos de detención policial por imputación de delito

1) Los supuestos de flagrancia delictiva

La única conceptualización material del delito flagrante dentro del ordenamiento penal la encontramos en el ya referenciado art.795.1 LECr, donde se ofrece un concepto de flagrancia al objeto de determinar la puesta en marcha de los “juicios rápidos”.

⁵⁰ “La autoridad o agente de policía judicial tendrá obligación de detener:

1. ° A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
2. ° Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
3. ° Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.° Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes:

1. ° Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.
2. ° Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.”

⁵¹“ En los casos del artículo anterior, cuando se trate de un delito «in fraganti» o de los que no dejan señales permanentes de su perpetración, o en que fuere de temer fundadamente la ocultación o fuga del presunto culpable, el particular que intentare querellarse del delito podrá acudir desde luego al Juez de instrucción o municipal que estuviere más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente.”

Basándonos en esa definición y en la concepción doctrinal y jurisprudencial intentaremos determinar las características de la flagrancia delictiva.

Anteriormente a la reforma procesal del año 2002 que introdujo esta definición en la LECr, la STS 343/1991, en su F.J. 8 B) V, consideró que “es delito flagrante la situación fáctica en la que queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención”. Por otro lado, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993 respecto de la flagrancia (aunque referida a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución), ni la urgencia de la intervención policial ni el conocimiento fundamentado, ni la constancia de la perpetración del delito justifican la detención por este motivo. El delincuente ha de ser sorprendido y, además, por los mismos agentes policiales que efectúan la detención. Por tanto, no es tampoco admisible una interpretación literal del concepto en los términos del artículo 795.1 que otorga la consideración de delito flagrante (al efecto de la aplicabilidad de los trámites del juicio rápido para la investigación y el enjuiciamiento de los hechos) en supuestos como el hecho de sorprender al delincuente no ya cometiendo el hecho sino también inmediatamente después de su comisión, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir que ha participado, ya que en estos casos la confirmación probatoria se produce mediante la denominada prueba por presunciones o indiciaria, lo que es obviamente compatible con el carácter testimonial del delito flagrante.

Es por tanto la flagrancia la constancia sensorial del hecho, lo que podemos ejemplificar en los siguientes supuestos:

- Es delito flagrante el que se está cometiendo cuando los malhechores son sorprendidos (p. ej.: el acto de cobrar un cheque que se sabe falso)
- Aquel que se acaba de cometer cuando se sorprende a los autores (p. ej.: los atracadores salen corriendo del banco), aunque los delincuentes no estén al alcance directo de los agentes si el mismo es detectado directamente por los mismos.
- El delito ya concluido, pero cuyos autores son objeto de persecución inmediata, continua y directa, es decir, mientras no les quiten los ojos de encima, al igual que en sentido similar señala el art. 553 LECr., así continuando con el ejemplo de los atracadores del banco, si son atrapados tres calles más lejos del banco tras

perseguirlos, pero no, en cambio, si son reconocidos tres días después por parte de un agente: Procederá la detención, pero no por ser el delito flagrante, si no por estar dentro de los supuestos del art. 492. 4º. LECr., al que nos referiremos más adelante.

Se hace necesario plantear una consecuencia muy importante del delito flagrante en referencia a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E), es decir, en el supuesto de que un delincuente *in fraganti* penetrara en el domicilio de una tercera persona. ¿Puede legítimamente la policía entrar en dicho domicilio si su titular se niega a ello? Si nos ceñimos a la interpretación literal del art. 18.2 C.E., la expresión “salvo flagrante delito” se refiere únicamente a que el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio sea a su vez el sujeto activo del delito, es decir, que solo cabe el allanamiento lícito cuando la conducta del titular sea a su vez delictiva y, por cometerse en presencia de los agentes, flagrante. Aquí la complicidad y el encubrimiento que ejerce a ciencia cierta el titular habilitan a aquéllos para entrar en su domicilio y practicar dos detenciones (la del perseguido y la del cómplice o encubridor). Aquí no valdría la sospecha, dado que la flagrancia es constancia visual plena, los agentes deben demostrar sin ulteriores investigaciones la relación entre el perseguido y el titular para que su conducta sea plenamente lícita.⁵²

2) El quebrantamiento de una medida cautelar personal o de una pena privativa de libertad

Se refiere este apartado a los supuestos del art. 492.1.º en relación con el art.490.3.º 4.º 5.º y 6.º LECr. ya mencionados en el apartado dedicado a la detención practicada por particulares a los que solo nos cabe añadir la obligación de los miembros de las FCS de detener en estos casos, tal como establece el art 492 LECr.

3) La detención por indicios

⁵² STEDH 22-10-1997, caso Erdagöz, SSTDH 29-11-1988 (asunto Brogan y otros), 30-8-1990 (asunto Fox, Campbell y Hartley), 28-10-1994 (asunto Murray).

Ésta es la práctica de detención preventiva estadísticamente más frecuente. Viene establecida en el art.492. 4.^o⁵³; se trata de la detención de la persona sobre la que el agente de policía tiene sospechas racionalmente fundadas de ser responsable (autor, partícipe, encubridor...) de un delito. Es decir, no es necesario que el sujeto a detener haya cometido el delito que la policía le imputa. Lo único necesario es que el agente pueda justificar la existencia de causas, motivos o indicios por los que imputa el delito investigado al detenido. En consecuencia, lo decisivo es el criterio que al momento de ir a detener se haya formado el agente tras una apreciación cuidadosa de las circunstancias y no la plena correspondencia con la realidad una vez esta se haya puesto de relieve, si bien es cierto que la jurisprudencia⁵⁴ exige que la **“apariencia de delito”** antes de la detención sea demostrable. Se trata por tanto de que los motivos o sospechas reúnan ciertos requisitos tales como que sean **“razonables”**, es decir, fundadas en el contenido de la forma de adquisición de la *notitia criminis* o conocimiento del delito (la denuncia, por ejemplo) o en el resultado de la investigación llevada a cabo con posterioridad, lo que excluye la posibilidad de fundar ésta en meras intuiciones o sensaciones personales ajenas a la lógica humana, o como que sean **“bastantes”** para justificar la detención, en referencia a la suficiencia y seriedad de los indicios y a su proporcionalidad en función de la medida cautelar que pretenda adoptarse. De este modo el TS ha considerado razonable la sospecha que se funda en el resultado de una investigación precedente⁵⁵. En otras ocasiones estos criterios el propio TS ha interpretado estos requisitos con mayor amplitud, otorgando gran discrecionalidad a los agentes de las FCS para disponer de la detención y exigiendo como único requisito el de razonabilidad de la medida cautelar, como límite excluyente de la arbitrariedad y una corroboración mínima de las sospechas para hacer la sospecha razonable, en palabras del propio TS **“...Esta no es fruto de la arbitrariedad ni tampoco necesariamente correlato de la certeza. Tiene que contar con un mínimo de sustrato indiciario y no debe aguardar comprobaciones exhaustivas...”**⁵⁶, en esta sentencia del TS se justifica la detención en función de la consecución del

⁵³ “La Autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener:

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.”

⁵⁴ SSTS de 17 de julio de 2012, F.J.4º, (RJ 5376/2012); 11 de febrero de 2014, F.J.5º, (RJ 250/2014), entre otras.

⁵⁵ STS de 25 de mayo de 1994, F.J.1º, (RJ 19374/1994)

⁵⁶ STS de 1 de febrero de 1995, F.J.3º,6º, (RJ 11655/1995)

objetivo final no de la confirmación de la sospecha. Es decir, nos encontramos con restricciones de libertad efectuadas no para demostrar la sospecha inicial que no existe, sino con carácter aleatorio, en una labor de muestreo entre personas de “estatus peligroso”. También se ha considerado bastante, a efectos de considerar una sospecha razonable que legitime la detención, la actitud observada en el sujeto detenido por los FCS, poniendo énfasis en la capacidad de valoración de la misma por los profesionales de la Policía, lo que en cierta medida supone abrir posibilidades legitimadoras a la intuición policial, como ejemplo de esto podemos observar la siguiente doctrina del TS y como contrapunto el voto particular emitido en la sentencia referenciada⁵⁷:

“DOCTRINA: **A)** De la sentencia **mayoritaria**: La detención policial de cualquier persona sospechosa de responsabilidad criminal debe sujetarse a criterios de racionalidad, necesidad y proporcionalidad. Es racional la medida de detención cuando las circunstancias del lugar y la propia conducta de la persona detenida hacen pensar en la existencia de un hecho delictivo. La proporcionalidad de la medida, de por sí transitoria o de corta duración, es patente cuando se trata de delitos graves. Es necesaria cuando la condición femenina de la detenida hacía aconsejable su traslado a las dependencias policiales para someterla a un cacheo o registro personal. **B)** Del **voto particular**: La invasión de los derechos fundamentales de la persona realizada en el curso de una investigación de hechos delictivos tiene que practicarse en virtud de indicios fundados y racionales para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, sin que quepa basarla en meras sospechas o conjeturas, sino que debe exigirse racionalidad en la noticia y probabilidad de su existencia.”

En otras ocasiones, la preparación técnica de los funcionarios policiales como base para apreciar indicios que convierten en razonables las sospechas legitimadoras de la detención, no ha resultado bastante y ha dado lugar al nacimiento de un delito de “detención ilegal” por parte de las FCS, como podemos observar en la STS de 25 de septiembre de 1993, F.J.2º, (RJ 6237/1993) en la que se confirma la condena por detención ilegal en la que los agentes alegaron como sospecha racional la actitud evasiva hacia la policía del sujeto detenido. Es cierto que en esta ocasión el registro al que fue sometido el ilegalmente detenido no obtuvo como resultado la aprehensión de sustancia u objeto alguno susceptible de constituir algún tipo de delito, caso en el que

⁵⁷ STS 23 de febrero de 1994, F.J.U., (RJ 15827/1994) y en el mismo sentido STS 20 diciembre de 1993, F.J.1º, (RJ 9015/1993).

no creemos que se hubiera producido tal condena por detención ilegal, teniendo en cuenta lo manifestado en otras ocasiones por el TS.

Por otro lado, si bien la policía no está obligada a acertar en la plena correspondencia de sus sospechas con la realidad, si no a aportar motivos racionales bastantes y a hacer una *composición de lugar plausible*⁵⁸, sobre lo que no puede errar el policía es la presencia de un delito o no. El agente debe conocer cuál es el elenco de infracciones que se contiene en las leyes penales. No puede, por tanto, ni detener por un hecho que no constituya delito, es decir, que sea atípico o esté totalmente justificado, ni puede dejar de detener por hechos que sí revisten tales caracteres. En ocasiones las cosas no son tan claras, pues no basta con conocer el elenco de infracciones que contiene la legislación penal vigente en un momento determinado. Ha de conocerse también cuál es el sentido que ha ciertos tipos penales otorgan los tribunales; ello es especialmente significativo en materias tales como las buenas costumbres (provocación sexual, prostitución...) o el tráfico de drogas. La evolución jurisprudencial sobre lo que era antes escandaloso y ahora provocador o no y sobre la diferencia entre tenencia de estupefacientes para el propio consumo y tenencia para el tráfico son cuestiones sobre las que la que la Policía debe estar perfectamente impuesta. No se trata aquí de una diferencia ocasional de opiniones entre la calificación policial y la judicial respecto de un caso concreto, sino la pauta sistemática sobre lo que judicialmente se ha definido como delito entre un abanico más o menos grande de posibilidades. A este respecto es ilustrativa la circular de la FTS 1/1984⁵⁹ en materia de tráfico de drogas, al sintetizar la doctrina legal al respecto, doctrina que las FCS deben conocer y dominar.

3) La detención policial por imputación de faltas (delitos leves)

En relación al supuesto material de hecho, determinante de la detención, que, como se ha adelantado, se trata de la posible comisión de un delito, se recoge expresamente en el art. 495 LECr , la negativa del legislador a la detención del presunto reo, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de alguna de las conductas tipificadas

⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *La detención preprocesal preventiva: Previsiones constitucionales y legales*. Detención policial y habeas corpus. Manuales de formación continuada. 2008, n° 48, pág. 68.

⁵⁹ Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre interpretación del artículo 344 del C.P. de 1973.

en el Libro III del Código Penal de 1995, como simples faltas. Ello no debe hacerse equivaler, sin embargo, a un mensaje del legislador para los agentes de los Cuerpos de Seguridad del Estado, de “laissez passer...laissez faire” , cuando el ilícito penal “pudiera ser” una falta ; por cuanto no sólo la calificación/distinción, entre delito y falta, no les corresponde a aquellos y resulta además, en ocasiones, difícil de determinar, sino porque el propio tenor del citado artículo, prevé dos salvedades que pueden provocar la detención por simple falta, a saber , la carencia de domicilio conocido, y la dación de fianza bastante.

Por otro lado, las faltas penales que permanecen en el actual Código Penal, pasan a denominarse “delitos leves”, que son “las infracciones que la ley castiga con pena leve” (nuevo art. 13.3 Código Penal). Así, la Disposición adicional segunda del nuevo Código Penal, establece que “las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”. Por lo tanto, se puede afirmar que no cabe la detención de una persona por la comisión de simples delitos leves, salvo que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni de fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que

4) Las detenciones policiales ordenadas

Se trata de una medida cautelar acordada por las autoridades judiciales o fiscales. En estos casos no pesa el deber de valorar la licitud o legalidad de la detención por parte del agente de las FCS, si no que ha de cumplir con la ejecución de una orden emitida por el juez de instrucción, Tribunal del orden penal o el Ministerio Fiscal que acuerde la detención y ante la que el agente se encuentra vinculado por el deber legal de cumplir las órdenes recibidas de aquellos, quedando exonerado de toda responsabilidad cumpliéndola cabalmente, siempre que no se extralimite de la orden recibida.

a) Los supuestos de los artículos 492.2º. y 3º. Y 490.7º LECr.

Suponen la existencia de un auto judicial acordando la prisión provisional o de una sentencia condenatoria firme ordenando el cumplimiento de una pena de cárcel. En el caso de no haberse podido llevar a cabo estas medidas por encontrarse el sujeto en situación de rebeldía.

Estos supuestos de detención constituyen en realidad meros actos de ejecución de una resolución judicial previa más que actos de detención preventiva. Por lo dicho, el único presupuesto de estas modalidades de detención es la imputación de un delito realizada por el auto que acuerda la prisión provisional, o por la sentencia condenatoria que realiza la declaración de responsabilidad criminal.

b) El supuesto de detención policial ordenada de los arts. 486 a 488 y 773.2 LECr.

El art. 486 LECr. Faculta al juez de instrucción a citar a las personas a las que impute un acto punible sólo para oír las en declaración, salvo que directamente proceda su detención. Idénticas facultades otorga el art. 773.2 al Ministerio Fiscal. Tal citación coercitiva produce el efecto de que si es desatendida por el citado podrá convertirse en orden de detención., la cual será cursada a los FCS para que la lleven a cabo, originado así otro supuesto de detención policial ordenada.

c) Detención practicada mediante una Orden Europea de Detención y Entrega.

Cuando un imputado no comparezca en el proceso al que sea llamado, y conste o sea presumida su radicación en territorio de un Estado de la Unión Europea, podrá emitirse una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) regulada en el Título II de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM), siempre que se den los siguientes requisitos: Que se le imputen hechos para los que la ley penal española señale una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses; que concurran los requisitos

previstos en la LECr. para poder decretar la prisión provisional, y que se haya requerido informe preceptivo del Fiscal y de la acusación personada, en su caso, y alguna de estas partes pidan la emisión de la OEDE. La resolución en que se acuerde una OEDE deberá adoptar la forma de auto, debidamente motivado, y que será recurrible conforme al régimen general de recursos previstos en el ordenamiento jurídico español. La OEDE deberá completarse para su tramitación conforme con el certificado que figura como Anexo I de la Ley 23/2014, sin que sea necesario acompañar al mismo la resolución judicial que acuerde la detención, salvo que posteriormente fuere solicitada por la autoridad de ejecución.

La regulación contenida en la nombrada Ley 23/2014, ha venido a poner en peligro el respeto al margen temporal que establece el art. 17.2 de la CE, en cuanto previene que en los supuestos de solicitud de una orden europea de detención de la que deban conocer las autoridades españolas, “La audiencia de la persona detenida se celebrará en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la puesta a disposición, con asistencia del Ministerio Fiscal, del abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, se garantizará el derecho de defensa y, cuando legalmente proceda, la asistencia jurídica gratuita.” Al tomarse el margen temporal de setenta dos hora, se hace posible que en definitiva la duración de la detención llegue a exceder del límite constitucional, pues todavía después de la audiencia al detenido, en las condiciones y con las garantías que establece el at. 51 de la Ley, será necesario que el órgano judicial dicte una resolución motivada, que se notifique al interesado y que éste sea puesto a disposición del órgano requirente no español.

5) Ejecución material de la detención

En la ejecución de la detención los miembros de las FCS deben actuar atendiendo a las siguientes exigencias:

- Ajustarse a los principios de proporcionalidad y racionalidad.

- Identificarse como miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.⁶⁰
- Realizarla en la forma que menos perjudique al detenido.⁶¹
- No usar la fuerza salvo que sea estrictamente necesaria.
- Informarle del motivo de la detención.⁶²
- Informarle de sus derechos y hacerlos efectivos.⁶³
- Duración por el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos ocurridos, poniéndole en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.⁶⁴

a) Identificación de los funcionarios policiales

La instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa al Uso del Número de Identificación Personal en la Uniformidad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado contempla la obligación de todos los miembros de las FCS que vistan uniforme, incluidos los miembros de unidades especiales como los antidisturbios, de llevar sobre sus prendas de uniformidad su número de identidad personal, lo que permitirá mejorar las garantías de los ciudadanos al poder identificar en todo momento, a través de dicho número, a los funcionarios policiales evitando que se puedan producir actuaciones incorrectas amparadas en el anonimato.

b) Empleo de la fuerza

En la Instrucción 12/2007⁶⁵, el empleo de la fuerza recibe un tratamiento extenso, de carácter didáctico, intentando trasladar a los agentes policiales el momento y la forma en que es legítimo el uso de la fuerza.

⁶⁰ Artículo 5.3 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS).

⁶¹ Art. 5.3 de la LOFCS y art. 520.1 de la LECr.

⁶² Artículo 24 de la C.E

⁶³ Artículo 24 de la C.E. y artículo 520 de la LECr.

⁶⁴ Artículo 17.2 de la C.E y artículo 520 de la LECr.

En el apartado primero se señala que el agente actuará con decisión y autocontrol para tratar de evitar el uso de técnicas o instrumentos de coacción directa y, si esto no fuera posible, propiciar la mínima lesividad tanto para el detenido como para los agentes intervinientes, y debe distinguir las conductas de simple desobediencia o resistencia leve de aquellas que alcancen un grado de agresividad tipificable como resistencia o desobediencia grave.

En el apartado séptimo, bajo el epígrafe “el empleo de la fuerza en la detención” se aborda la legitimidad del uso de la fuerza de manera excepcional, cuando se produzca una resistencia o exista un grave riesgo para la seguridad ciudadana, así como en los supuestos en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas.

También se recoge el deber que tiene el agente actuante de identificarse y dar a conocer la legitimidad de su presencia, utilizando palabras conminatorias para que el sujeto deponga cualquier posible actitud violenta.

En cuanto a la intensidad y medio a utilizar, los agentes deberán ajustar su actuación a los principios de oportunidad congruencia y proporcionalidad, recogiendo la citada Instrucción criterios explicativos sobre los mismos:

*“a) Por **oportunidad** debe entenderse la necesidad o no de recurrir a la coacción física en la detención, de acuerdo con los datos conocidos sobre la situación y el sujeto en cuestión.*

El agente deberá sopesar las circunstancias propias del lugar, el conocimiento de la persona sospechosa, su peligrosidad o reacciones previsibles y su experiencia previa para determinar si la detención puede realizarse mediante la utilización de otros medios no violentos que la técnica profesional pone a su alcance.

*b) La **congruencia** supone que el agente, una vez haya decidido el empleo de la fuerza y para que éste sea legítimo, habrá de elegir, de entre los medios legales previstos y disponibles, el que sea más idóneo y que mejor se adapte a la concreta situación, valorando, para ello, las prestaciones del medio agresivo, sus*

⁶⁵ Instrucción 12/2007, de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

características, grados y demás efectos que respondan a la situación y finalidad legal pretendida.

El agente actuará con la destreza adquirida en la instrucción recibida, tanto en el dominio del medio agresivo como en el conocimiento de sus técnicas de empleo. Concorre con la destreza el mantenimiento, por parte del agente policial, de la serenidad emocional y el autocontrol, aun en situaciones de riesgo.

*c) La **proporcionalidad** supone que, una vez decidido el empleo de la fuerza y el medio idóneo, el agente deberá adecuar la intensidad de su empleo, de forma que no sobrepase la estrictamente necesaria para conseguir el control de la persona, quedando absolutamente proscrito todo exceso.*

Para ello, el agente deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- Tendrá la obligación de causar la menor lesividad posible. La selección de las partes no vitales, la graduación en la contundencia y el modo de ejecución de los actos violentos deben estar dirigidos a neutralizar a la persona objeto de la detención.

- Proporcionará una respuesta gradual y apropiada a cada situación. La graduación de la mayor o menor fuerza empleada por el agente se corresponderá a la agresividad de la respuesta del detenido, debiendo volver a ser descendente en la medida en que la situación se vuelva propicia para facilitar la detención deseada.”

Por otra parte, se declara terminantemente prohibida la utilización, durante la detención o en cualquier otro servicio policial, de armas que no estén incluidas en los equipamientos oficiales de las FCS o cuya utilización no haya sido autorizada expresamente.

En todo caso, cualquier incidente que se produzca durante la detención deberá hacerse constar en el atestado que se instruya al efecto.

c) Registro o cacheo

La posible utilización de las vestimentas y del propio cuerpo como medio de ocultación de diversos objetos (efectos sustraídos, armas peligrosas, sustancias

prohibidas, etc.), ha hecho patente la necesidad de dotar a los agentes de la autoridad de la posibilidad legal de que, en determinadas circunstancias, se pudiera proceder a registrar al sospechoso de portarlas. Posteriormente, los avances de la ciencia y la tecnología, han posibilitado la obtención, procedentes del cuerpo humano, de evidencias incontestables (ADN, pruebas de sangre en alcoholemias, etc.), que permiten incriminar, de modo infalible, a su portador en un hecho delictivo, a veces, de suma gravedad (delitos contra la vida, la libertad sexual, etc.).

Todo ello ha motivado la existencia de diversos medios de investigación policial, con el fin de obtener esas pruebas que demostrarían la presunta participación de una persona en un hecho delictivo. Nos referimos a los cacheos o registros corporales superficiales, la práctica de los desnudos integrales, las inspecciones corporales (cuando la inspección o registro recae sobre partes íntimas del cuerpo humano), las inspecciones ecográficas y radiográficas, así como las intervenciones corporales en sentido estricto (cuando se trata de extracciones del cuerpo de determinados elementos internos o externos (análisis de sangre, pelos, uñas, biopsias, intervenciones quirúrgicas, etc.).

Esta diversidad de actuaciones, se pueden llevar a cabo a propia iniciativa del agente de la autoridad si se dan unas determinadas circunstancias, estando otras reservadas a la decisión de la Autoridad Judicial.

En ese apartado vamos a analizar fundamentalmente al cacheo o registro corporal superficial, como medio de investigación policial de gran eficacia, de corta duración temporal, no invasivo, cuya realización no exige la habilitación judicial previa, ya que la decisión de la misma corresponde al funcionario policial cuando se den unas circunstancias determinadas.

La Instrucción 12/2007, apartado octavo, aborda el cacheo, definiéndolo como: *“...la modalidad del registro personal que consiste en la prospección superficial externa del cuerpo y vestiduras e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipaje de mano, con la finalidad de descubrir objetos no permitidos o peligrosos, efectos del delito o medios de prueba ocultos entre la ropa o el cuerpo del sospechoso”*.⁶⁶

⁶⁶ Años antes, ya la STS de 7 de julio de 1995, F.J. 2º, (RJ 3997/1995) había mencionado el cacheo en estos términos, *“la llamada diligencia de cacheo, consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito(...)”*

Según esta directiva, el cacheo es preceptivo en los casos de detenciones, así como ante sospechosos potencialmente peligrosos. En el resto de ocasiones la práctica del cacheo será potestativa, basado en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen, sin que en ningún caso pueda aplicarse de forma arbitraria. En cuanto al sexo del agente actuante que realiza el cacheo se dispone que, salvo en casos de urgencia, deberá realizarlo personal del mismo sexo que la persona a cachear.

Las finalidades del cacheo son dos:

1. Localización de instrumentos, efectos y pruebas del delito: la LECr y la LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS), autorizan el cacheo con este objetivo. El hallazgo en poder de la persona registrada de objetos facilitadores de la actividad delictiva (destornilladores, punzones, etc.), así como de diversos efectos obtenidos fruto de ésta, son indicios que permitirán posteriormente a la Autoridad Judicial relacionar a una determinada persona con la comisión de un hecho delictivo concreto.

2. Razones de seguridad y autoprotección: la existencia de objetos peligrosos (navajas, cuchillas, etc.) en poder de la persona cacheada, que pudieran posibilitar la agresión a los Funcionarios Policiales o la propia autolesión, evidencian la necesidad de desposeer a la persona registrada de esos efectos. Es preceptivo en caso de detención, previa entrada del cacheado al calabozo de las dependencias policiales, por los motivos antes expuestos (evitar agresiones y autolesiones), así como para evitar la posesión al detenido de elementos que le facilitaran la fuga.

En cuanto a quién puede cachear, las referencias legales hacen alusión exclusivamente a los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo que se descarta que los Vigilantes de Seguridad estén habilitados legalmente para realizar los registros personales, limitándose su actuación en determinados casos (aduanas, eventos de masas, etc.), a solicitar a las personas la exhibición de sus bolsos, mochilas, etc., siendo su obligación requerir a los Funcionarios referidos en el art. 2 LOFCS en caso de que se tengan dudas sobre si una persona concreta pudiera portar instrumentos peligrosos, para que sea ésta la que realice el cacheo pertinente.

La previsión legal de la diligencia se hallaría con carácter general en tres cuerpos normativos:

En nuestra LECr., en su Título III del Libro II «De la Policía Judicial», el art. 282 LECr., en su primer párrafo, establece que, entre otras, “*La Policía tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen,... recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial*”, creándose así la cobertura legal de la figura policial del cacheo.

Posteriormente, la LOFCS establece en su art. 11.1.º las funciones de éstas, determinando que “*Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:...*

g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”

Finalmente, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, establece en diversas partes de su articulado la habilitación legal necesaria para que los agentes de la autoridad puedan realizar cacheos en determinadas circunstancias:

Artículo 17. Restricción del tránsito y controles en vías públicas.

Artículo 18. Comprobaciones y registros en lugares públicos.

*Artículo 20. Registros corporales externos.*⁶⁷

⁶⁷ Artículo 20. Registros corporales externos.

1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

En el artículo 20 se recogen algunos de los criterios establecidos jurisprudencialmente a los que se tiene que someter esta actuación para no vulnerar ningún derecho fundamental de las personas por ejemplo la STS 525/2000, de fecha 31 de marzo (RJ 2623/2000), establece los requisitos legales exigibles en la diligencia de cacheo o registro personal para que no se produzca la vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona. En el Fundamento Jurídico Segundo de dicha resolución judicial, se detallan las exigencias legales que debe cumplir el cacheo para ser ajustado a derecho, distinguiendo dos momentos: el inicio y el desarrollo del mismo.

Por tanto, existen tres presupuestos que debe cumplir la diligencia policial de registro personal o cacheo para no vulnerar los Derechos Fundamentales:

1. Amparo legal: Como ya se ha mencionado con anterioridad, la LECrim., la LOFCS y La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, proporcionan la habilitación legal necesaria para realizar el cacheo.

2. Proporcionalidad: como eje definidor de lo permisible exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona.

3. Justificación racional: Supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que fundamente su adopción.

La misma sentencia continúa posteriormente desgranando uno a uno todos los Derechos Fundamentales que podrían verse afectados por la realización de la práctica policial del registro personal o cacheo, argumentando en cada uno de ellos los motivos por los que, reiterada Jurisprudencia, niega que esta diligencia policial suponga una vulneración de éstos:

1. El Derecho a la libertad y a la Libre circulación: El art. 17.1 CE establece que “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”.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Entiende la Sala 2.^a que la inmovilización momentánea del ciudadano durante el tiempo imprescindible para la práctica del cacheo constituye un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, siempre que se cumplan las exigencias de amparo legal, racionalidad y proporcionalidad mencionadas anteriormente como presupuestos habilitantes del cacheo.

Pese a la restricción de libertad momentánea que supone, no equivale el cacheo a una detención, por lo que las exigencias previstas en la Ley para ésta no pueden ser extendidas a aquella diligencia como avala múltiple jurisprudencia (sentencias de 2 de febrero, 1 de marzo y 27 de septiembre de 1996; 29 de septiembre de 1997 y 11 de diciembre de 1998, afirmándose expresamente en la STS 17 de junio de 1999 que “la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han distinguido netamente entre la detención contemplada en el art. 17.2.º y 3.º CE y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria (pruebas de alcoholemia, identificaciones, o cacheos), en las que lo relevante es la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad”.

2. El Derecho a la presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención: El art. 17.3 CE manifiesta que “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”.

Como se ha mencionado anteriormente, el cacheo es una inmovilización transitoria de la persona que no acarrea la detención de ésta, salvo que se encuentren en el registro personal objetos o efectos que supongan su incriminación en un delito, por lo que no le amparan las mismas garantías que a la detención.

El cacheo es una actuación inmediata sobre la persona que **no exige la asistencia letrada**, por las siguientes razones:

a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia;

b) porque la presencia de Letrado no supone un «plus» de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia.

3. El Derecho a la integridad física: El art. 15 CE afirma que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”.

La mínima intervención corporal que el cacheo supone, excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado, ya que consiste en la palpación superficial y externa de la persona o sus ropas.

4. El derecho a la intimidad: El art. 18.1 estipula que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este derecho queda preservado si se cumplen tres condiciones:

1. Que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo.

2. Que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado.

3. Que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁸ establece que “trato degradante” es el que provoca una “humillación o sensación de envilecimiento” que alcance un nivel determinado, y “aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se le pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados”.

La jurisprudencia requiere que siempre se empleen aquellos métodos que, en menor medida, lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 35/1996 de 11 de marzo, y recuerda que se han de tener en cuenta las concretas circunstancias que concurren en la práctica de estas diligencias (STC 137/1990),

⁶⁸ SSTC 27 de junio de 1990, F.J. 9º, (RJ 120/1990) y 19 de julio de 1990, F.J. 7º, (RJ 137/1990), así como la de 28 de febrero de 1994, F.J. 4º, (RJ 57/1994).

exigiéndose que la actuación policial sea conforme a los Principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto al cacheo de posibles portadores de droga son de aplicación las “normas de actuación de la policía judicial en recintos aduaneros respecto a las personas presumiblemente portadoras de drogas en cavidades corporales”, de 14 de noviembre de 1988, dictadas por la Fiscalía Especial para la intervención y represión de tráfico ilegal de drogas, así como la instrucción 6/1988 de la fiscalía General del Estado sobre el “Examen radiológico de personas posibles portadoras de drogas”.

Para el registro con desnudo integral, los agentes actuantes se atenderán a lo dispuesto en las Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad números 7/1996 y 19/2005. La Instrucción 19/05, de 13 de septiembre, relativa a la práctica de diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ciñe la posibilidad de efectuar este tipo de cacheos exclusivamente a los detenidos o presos. También describe dicha Instrucción cuál es la finalidad de este cacheo: averiguar si el sujeto porta en los pliegues u otras partes de su cuerpo o entre sus ropas algún objeto peligroso o prueba incriminatoria. El desnudo integral es, según esta norma, “(...) la diligencia policial consistente en poner al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, así como el tipo de cacheo que suponga introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas”. En la norma se establece también una importante limitación respecto al sujeto activo de esta diligencia. No todo miembro de la Policía Judicial puede ordenarla, sino sólo dos concretos funcionarios. El primero sería el instructor del correspondiente atestado y el otro funcionario facultado para ordenar la práctica de este tipo de cacheo es el responsable del ingreso y de la custodia del detenido en los calabozos, con dos limitaciones; en primer lugar que no la hubiese ordenado ya el instructor del atestado y en segundo lugar, la obligación de documentar la inspección mediante su anotación en el libro oficial de custodia de detenidos, con indicación en el apartado de observaciones, de las causas o motivos que justifiquen el haberla efectuado. A continuación, la Instrucción recoge las limitaciones establecidas por la jurisprudencia en relación con la práctica material del cacheo. En concreto, exige: a) se llevará a efecto de forma individual; b) ante los funcionarios que asuman la custodia del detenido; c) si es posible, en presencia de los funcionarios que realizaron la detención, d) intervención de funcionarios del mismo sexo que el del detenido; e) en dependencias contiguas a los calabozos; y f) de la forma que menos perjudique a la intimidad del preso o detenido.

Como ha dicho el TS⁶⁹, “(...) lo cierto es que reglas de intervención coactiva directa como estas se encuentran en el derecho vigente de los Estados de la Unión Europea y no han sido considerados como opuestos a la tradición constitucional de los mismos”. Por ejemplo en **Francia**⁷⁰, por lo que respecta a las actuaciones de la Policía Judicial, se diferencian dos tipos de cacheo, ambos regulados en el Código de Procedimiento Penal (CPP). El primero sería el cacheo de seguridad, que obedece al artículo 78-1, donde se definen los controles y verificaciones de identidad. El segundo, cacheo registro, responde a los artículos 56, 76 y 92. Por su lado, el Código de Transportes permite cacheos de seguridad en aeropuertos (art. 6342-2) y puertos (art. 5332-69). Por lo que se refiere al **cacheo con desnudo integral** de un detenido, desde el 1º de junio de 2011, un reglamento lo prohíbe para las detenciones policiales, permitiéndose desde entonces su ejecución material **exclusivamente por un médico** a requerimiento del Oficial de Policía Judicial. El cacheo por control de identidad puede ser practicado sobre cualquier persona que ha cometido o intentado cometer una infracción; que se prepara para cometer un delito; que puede dar información sobre un delito; que pueda ser objeto de una orden de detención por parte de la autoridad judicial y, por último, para prevenir cualquier alteración del orden público. Por lo que se refiere al cacheo registro puede practicarse sobre cualquier persona que puede tener algo en relación con un delito. Los requisitos de la ejecución del cacheo se limitan a respetar la dignidad de la persona y cumplimentar los correspondientes atestados.

d) Esposamiento

La Instrucción 12/2007, apartado Noveno, considera el esposamiento incluido entre las medidas de seguridad que pueden adoptarse en los supuestos previstos en el artículo 525 LECr., salvo orden contraria de la Autoridad judicial, siendo potestativo del agente en atención a las características del delito o la actitud del detenido, y teniendo en cuenta la necesaria discreción y no perjudicar innecesariamente la reputación del detenido. Deberá ajustar la duración esta medida para evitar sufrimiento, todo ello sin perjuicio de asegurar los fines de la inmovilización (la evitación de la huida, la agresión

⁶⁹ STS 7 de julio de 1995, F.J. 2º, (RJ 3997/1995)

⁷⁰ LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Conflicto entre Derechos Fundamentales e Investigación Policial: El Caso del Cacheo*. Revista de Estudios Jurídicos. nº 12/2012 (Segunda Época), pág. 21.

externa o la autolesión del detenido), así como no prolongar innecesariamente su exposición al público.

e) Traslados

El apartado Décimo de la referenciada Instrucción indica que los traslados se realizarán proporcionando al detenido un trato digno y respetuoso, para lo cual se utilizarán los medios materiales y humanos adecuados, debiendo los vehículos reunir las condiciones de seguridad, higiene y habitabilidad reglamentariamente establecidas.

Al hacerse cargo del detenido para su traslado, se hará mediante documento justificativo en el que conste su identidad, grado de peligrosidad, estado de salud, motivo de la conducción, hora de salida, lugar de procedencia y de destino, así como la Autoridad Judicial o funcionario que ordena el traslado y las identidades de quien entrega al detenido y de quien se hará cargo del mismo en destino. Una vez finalizado, el jefe del servicio de conducción dará cuenta del mismo a la Autoridad Judicial o al superior que lo hubiere ordenado.

f) Estancia en dependencias policiales y custodia de detenidos

Los calabozos policiales no son centros penitenciarios en los que las personas permanezcan largos espacios de tiempo, sino lugares de custodia de detenidos en los que la estancia es la mínima necesaria para la tramitación de los atestados o diligencias policiales y puesta a disposición de la autoridad judicial de los mismos.

En la Instrucción 12/2007, apartado Decimoprimer, se señala:

“1.- Las incidencias y vicisitudes que se produzcan durante la permanencia de una persona detenida en las dependencias policiales quedarán reflejadas en los respectivos Libros de Registro y de Custodia de Detenidos, siguiendo los criterios establecidos para su formalización en la Instrucción número 14/1995 de la Secretaría de Estado de Seguridad.

2.- Durante la estancia en los calabozos se mantendrán estrictas medidas de vigilancia tendentes a garantizar la integridad física de los detenidos y el respeto a su honor y dignidad, evitando posibles autolesiones y agresiones, teniendo especial cuidado con aquellos detenidos considerados más peligrosos en atención a sus antecedentes conocidos.

3.- Se pondrá especial cuidado en procurar que el detenido pueda realizar sus necesidades fisiológicas con la suficiente intimidad e higiene.

4.- La ubicación, medidas de seguridad, servicios, extintores y demás elementos arquitectónicos de los calabozos deberán permitir la adecuada vigilancia y control de los detenidos, así como garantizar la seguridad e integridad física y demás derechos de los mismos.

5.- Se proporcionará a los detenidos la estancia en dependencias policiales en condiciones de higiene adecuada, así como alimentación suficiente en calidad y cantidad, teniendo en cuenta la duración de la estancia y aquellas particularidades de las personas que, por padecer alguna enfermedad o por motivaciones religiosas, no deben ingerir algún tipo de alimentos. No obstante, el detenido podrá procurarse a sus expensas algún alimento adicional que será convenientemente revisado.

6.- Cuando el detenido vaya a pernoctar en la dependencia, se le proveerá de colchón, manta y otros elementos necesarios, cuidando que el material sea de naturaleza ignífuga y se encuentre en condiciones idóneas de uso.

7.- Una vez practicadas las diligencias policiales que procedan y previo el control de las medidas de seguridad personales a cargo del agente de policía responsable de la custodia, el instructor podrá autorizar que el detenido reciba visitas de sus familiares y allegados en los horarios establecidos”.

Respecto de los libros de registro y custodia de detenidos se dictó en 2009 la Instrucción 12/2009, del Secretario de Estado de Seguridad, por la que se regula el “Libro de Registro y Custodia de Detenidos” que sustituye La Instrucción 14/1995 de la Secretaría de Estado de Interior que reguló el establecimiento, en las dependencias o unidades del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil en las que puedan producirse detenciones, de un “Libro-Registro de Detenidos” y un “Libro-Custodia de Detenidos” que permitieran conocer las incidencias producidas en el periodo

transcurrido entre la detención de un ciudadano y su puesta a disposición judicial o en libertad, todo ello con la finalidad principal de garantizar los derechos del detenido y facilitar el control posterior de la actuación policial. En concreto, dice La Instrucción 12/2009 que *“resulta oportuno sustituir los dos libros por un solo volumen que se denominará “Libro de Registro y Custodia de Detenidos” del que, una vez cumplimentadas por su anverso, se desprenden las “fichas-custodia”, destinadas a documentar exhaustivamente la cadena de custodia de cada detenido acompañándolo en los movimientos que pueda realizar mientras esté siendo custodiado por la unidad policial, quedando en el Libro el oportuno “Resguardo-registro de detenido” de carácter auto-copiativo. Se pretende que la ficha recoja cualquier incidencia que se haya podido producir en la detención y durante el traslado del detenido y que facilite la información completa de su cadena de custodia, de tal modo que, a la vista de la misma, se pueda conocer la identidad de los funcionarios policiales responsables de la custodia durante la totalidad de la estancia en las dependencias policiales, reflejando, a tal efecto, cada cambio de custodia con indicación de cuándo se produce exactamente. Además, al acompañar la ficha al detenido en sus desplazamientos mientras se encuentra custodiado por los funcionarios de una misma unidad policial, se facilita la anotación inmediata de cualquier incidencia con mayor agilidad de la que permitían los libros anteriormente en uso.”*

g) Información de derechos

Respecto a este punto hay que significar que el artículo 520.2 LECr. Determina claramente que toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, especificando taxativamente éstos.

Asimismo, la instrucción 12/2007 establece que:

“Practicada la detención, de forma inmediata se informará al detenido -con el lenguaje y la forma que le resulten comprensibles- del catálogo de sus derechos

contenido en el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los hechos que se le imputan y de las razones que motivan su privación de libertad”.

La información de derechos del detenido, se repite nuevamente cuando el mismo es trasladado a dependencias policiales, quedando en este constancia por escrito de la misma mediante la cumplimentación de la denominada “Diligencia de Detención e Información de Derechos” que tiene que ser firmado por el detenido, el instructor policial y el secretario y en el que se enumeran los derechos que le han sido comunicados.

Finalmente, al detenido se le informa de sus derechos, por tercera vez, en presencia de letrado antes de prestar declaración.

Para terminar con el apartado de la ejecución material de la detención me gustaría hacer mención a una curiosa teoría minoritaria que promueve “La motivación de la detención en el atestado policial”⁷¹ como método para garantizar la razonabilidad y el grado de conformidad con el ordenamiento jurídico de las detenciones:

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

En consecuencia, los atestados han de reflejar específicamente, no solamente el hecho de la detención, sino el supuesto legal que la fundamenta y la finalidad concreta que se persigue con esta medida, no de manera estereotipada sino fundamentada

⁷¹ VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *Doce tesis en materia de detención policial preprocesal*. Revista catalana de seguretat pública. 2010, mayo, pág. 220.

razonablemente (hecho que no excluye la mención sucinta). Asimismo, han de expresarse las razones por las cuales, una vez producido el acto de la detención, se estima imprescindible el mantenimiento de la privación de libertad hasta la puesta a disposición judicial, ya que puede pasar que en el curso de la detención decaigan los motivos que la habían justificado (constancia fehaciente de arraigo personal de la persona detenida), aunque eso sería poco probable si se tiene en cuenta la inmediatez con que debería de hacerse la puesta a disposición judicial. Con esta obligación, en todo caso, podría perfilarse con claridad meridiana si efectivamente se ha hecho una detención «a prevención» o, al contrario, se trata de una detención inicialmente practicada o posteriormente mantenida por puras razones de orden público».

6) Valor procesal del interrogatorio policial. La prueba nula y la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Aunque el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parte de la premisa de que sólo tienen valor probatorio las diligencias practicadas en el juicio oral, con observancia de las garantías de la contradicción y la oralidad, son varios los preceptos dispersos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que se reconoce una cierta trascendencia probatoria a las manifestaciones o declaraciones de los denunciados ante las Fuerzas de Seguridad.

Así, en primer lugar, el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales”; añadiendo que “las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, o tendrán el valor propio de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”.

El Tribunal Constitucional hizo tempranamente una lectura constitucional de este precepto, enseñándonos que “(...) el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios

probatorios”⁷². Así pues, las declaraciones obrantes en los atestados policiales, no tienen valor probatorio de cargo. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Pleno de 28 febrero 2013, Sala 1ª de 3 de noviembre de 1989 y sala 1ª de 14 octubre 1997, entre otras)

Los arts. 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal juegan un papel importante en relación con el valor de los interrogatorios practicados antes del juicio, así respecto del detenido como de cualquier imputado no detenido; pero su interpretación jurisprudencial dista de ser pacífica y ha dado lugar a continuadas controversias doctrinales sobre su significado y alcance; podríamos decir que el primero citado no ha dejado de ser reducido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo .

En la actualidad, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) y el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial, mantienen un modelo especializado, que no excluye la práctica de labores de investigación y formación de atestados por parte de agentes forestales en incendios, los funcionarios de prisiones por los hechos delictivos cometidos en las prisiones, las policías locales⁷³ y no sólo por infracciones penales cometidas con ocasión del tráfico en los tramos urbanos de las vías, miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera, miembros de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas, e incluso funcionarios encargados del control de actividades especiales dentro de las Administraciones públicas. Todos estos funcionarios, como cualquier otro testigo, pueden ser interrogados por la autoridad judicial acerca de cuanto les manifestó un sujeto en el momento de ser detenido por un hecho supuestamente delictivo; si bien es forzoso tener en cuenta que las manifestaciones efectuadas por un sujeto privado de libertad al que no se le ha informado de los derechos reconocidos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden quedar bajo sanción de nulidad

⁷² STC 18 de octubre de 2010, F.J. 4º (RJ 68/2010)

⁷³ Por atribución expresa del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, y el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

por violación de un derecho fundamental, reconocido en el art. 24 de la CE, con lo que contagiarían, en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, cualquier diligencia de prueba ulterior que tuviera su base en tales manifestaciones viciadas.

Las SSTC 139/1999 y 171/99, esquematizan la existencia o no de conexión de antijuricidad, enseñándonos que “...las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada y, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da. En las primeras, dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita. Respecto de las segundas, es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa, se han de tener en cuenta las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave”.

En las últimas décadas, las elaboraciones doctrinales acerca de la prueba prohibida y que han girado, en nuestro país, en torno al art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se han enriquecido con la doctrina de origen anglosajón de la **teoría de los frutos del árbol envenenado**, que proclama la transmisión de la nulidad a las pruebas posteriores conexas, a partir de la prueba en la que se han vulnerado derechos fundamentales del imputado, detenido o no.

La nulidad de las pruebas posteriores no se produce, sin embargo, cuando la trasgresión no recae sobre un derecho fundamental, sino sobre normas que no tutelan o no consagran derechos fundamentales. La prueba prohibida tiene un desarrollo constitucional a partir del precedente *Weeks VS EE.UU.*, pasando por un periodo en el cual es aplicado en todos los Estados de EE.UU. a partir de *Mapp VS Ohio*, y su decadencia en el precedente de *Influencias*”. Lima: jurista editores, 2004. pp. 113. 69 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. Cit. pp. 147. 38 *Calandra VS EE. UU.* que fundamenta la prueba prohibida en el efecto disuasorio que esta produce.

Indudablemente, en el sistema eurocontinental el fundamento de la prueba prohibida, a diferencia de la norteamericana, es constitucional y se basa en el lugar preferente que los derechos fundamentales tienen en nuestro sistema; mas ello no

significa que no podamos utilizar la experiencia norteamericana como referente para precisar el alcance, los necesarios contornos y los justos límites de la construcción de la teoría de los frutos del árbol envenenado⁷⁴.

Principalmente la jurisprudencia norteamericana nos tiene que servir de obligado referente para determinar las excepciones de la teoría del fruto del árbol prohibido⁷⁵. Esas excepciones pueden ser separadas en dos categorías perfectamente distinguibles entre sí. A) Por una parte, están aquellas que no presentan una relación de causalidad entre la inicial violación del derecho fundamental y la prueba conexa o derivada, pues partimos de que, en nuestro sistema eurocontinental, lo trascendental es no tanto el efecto disuasorio que constituye para los juristas norteamericanos prácticamente una obsesión, sino el nexo causal; así, se habla de la *fuerza independiente*, la *prueba ilícita para terceros*, el *error inocuo*, la *conexión de antijuridicidad*; B) En una segunda categoría subsumiríamos los casos en que sí se presenta este nexo causal entre la prueba original y la derivada, pero que por otros motivos, no se produce la transmisión de la nulidad. Aquí radicarían las verdaderas excepciones a la construcción de los frutos del árbol envenenado: la ponderación de intereses, la excepción de buena fe⁷⁶, la

⁷⁴ El interés que tiene esta construcción para dar un contenido al estatuto jurídico del detenido es fácil de advertir en algunos de los principales *leader cases* de la jurisprudencia norteamericana. El principio de los “Fruits of the Poisonous Tree” se ejemplifica en el caso *Wong Sun vs. United States* resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en 1963; un caso en el que la policía efectuó el arresto de una persona a la que se halló en posesión de cierta cantidad de heroína y cuyo testimonio condujo a varios arrestos subsiguientes, a la entrada ilegal al domicilio de otro sospechoso y a la obtención de declaraciones inculpativas por parte de diversos traficantes, siendo el último de la cadena el señor Wong Sun. En este caso la el Tribunal Supremo determinó que la nulidad afectaba no sólo a las pruebas obtenidas directamente, sino a todas aquellas que fueron obtenidas como consecuencia de esa violación a los derechos fundamentales. Cfr. Rudstein, David, *Criminal Procedure: The Investigative Process*, Vandepias Publishing, United States of America, 2008.

⁷⁵ Vid. DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Madrid: Civitas, 2001; FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “Pruebas Ilegales”: de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires, 2004, Rubinzal Culzoni, ; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El Proceso Penal Español y la Prueba ilícita*, Revista de Derecho, España, Volumen XVIII, Número 2, Diciembre 2005, p. 200.

⁷⁶ La referida excepción de la buena fe tiene lugar cuando los Agentes de la autoridad obtienen algún medio de prueba estando bajo la creencia de que se encuentra actuando legalmente, pero que inintencionadamente comete alguna conducta ilícita. Es decir, “se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental”. Esta excepción fue utilizada en el célebre caso de *United States vs. Leon33 de 1984* en el cual se acudió ante un juez para solicitar una orden de registro para el domicilio del acusado, en donde se localizaron grandes cantidades de droga. Sin embargo, el acusado, el señor Leon, alegó que la orden de registro era ilegal, por carecer de los requisitos legales, y que por lo tanto no se debía admitir la droga encontrada como prueba en el juicio. La Corte determinó que los oficiales que realizaron el cateo actuaron de buena fe, confiando en la legalidad de la orden judicial emitida por un juez neutral, de manera que la droga encontrada no fue excluida del juicio.

destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo, el hallazgo inevitable,⁷⁷ el nexos causal atenuado, o la prueba prohibida a favor del reo.

Las manifestaciones espontáneas del detenido.

Cuestión conexas con la de los frutos del árbol envenenado, y ya más directamente alusiva a la estatuto jurídico del detenido, es la del valor de las manifestaciones que realiza el imputado cuando, antes de su detención, todavía no se le ha informado de su derecho de no declarar de no confesar su culpabilidad.

Con la expresión de expresiones o manifestaciones espontáneas alude la ciencia jurídica al problema del valor probatorio que puede reconocerse a las manifestaciones de quien, habiendo sido ya prevenido de que no tiene la obligación de declarar, de declarar contra sí mismo y de confesarse culpable, verbaliza una autoinculpación fuera del marco jurídico presidido por la información de derechos, la presencia de Letrado y demás garantías constitucionales concurrentes.

En principio, la Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene una severa desconfianza respecto de la **autoinculpación**, disponiendo el art. 406 que “La confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho”.

Sin embargo, esta pauta de desconfianza, presente en el texto originario de la ley de 1882, dejó paso, al incorporarse a la vieja ley la regulación del Procedimiento

⁷⁷ Esta teoría proviene del caso *Nix vs. Williams* de 1984, en el cual el acusado fue detenido por el asesinato de una niña de 10 años cuyo cuerpo fue enterrado en un lugar desconocido, para lo cual se organizaron brigadas de búsqueda. Mientras se realizaban dichas búsquedas, de camino a la estación de policía, los agentes comenzaron a tratar de persuadir al señor Williams de que les dijera en donde enterró el cuerpo para que la niña pudiera ser sepultada apropiadamente, quien finalmente se los informó, sin tener un abogado presente. Durante el juicio se excluyó la confesión del señor Williams relativa a la ubicación del cuerpo por haber sido obtenida ilícitamente. Sin embargo, la Corte determinó admitir el cadáver como prueba, puesto que el campo en donde fue enterrada la niña se encontraba en el área delimitada de las brigadas de búsqueda, de manera que tarde o temprano “inevitablemente” iban a encontrar el cuerpo.

Abreviado, un nuevo sistema en el que la conformidad del acusado con los hechos imputados, produce el efecto de poner fin a la instrucción y a la convocatoria de una comparecencia que puede concluir con una Sentencia de conformidad, sin que sea necesaria la práctica de prueba alguna de cargo (*art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

En todo caso, aunque la jurisprudencia ha admitido en algún caso que las declaraciones espontáneas del que luego resulta ser imputado pueden llegar al plenario y servir como prueba de cargo como declaraciones testificales de los Agentes que, sin haberlas provocado mediante un interrogatorio formal, las escucharon, tales manifestaciones, desde el punto y momento en que no son declaraciones formales, no pueden servir para que el Juez, Tribunal o Tribunal del Jurado, adquiera una convicción por vía de confrontación racional de lo “manifestado” por el detenido en la fase de instrucción y lo que más adelante declara en el juicio con las garantías de la contradicción. En este sentido, es llano que la Ley presume que esas declaraciones prestadas en la instrucción se han incorporado a un documento escrito de ahí que la Ley 5/1995 del Tribunal del Jurado, disponga en su art. 46.5 que el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las **“contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción”**, añadiendo que “Sin embargo, no podrá darse **lectura** a dichas previas **declaraciones**, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto.

Así que en el sistema del Tribunal del Jurado, lo “dicho” por el acusado antes de adquirir esta condición formal, son **“declaraciones”** escritas, a las que es posible dar lectura en el marco del proceso ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*art. 730 de la ley*) pero no en cambio en el marco del Juicio del Tribunal del Jurado (*Cfr. art. 46.5 precedentemente transcrito*).

La desconfianza a las Fuerzas de Seguridad, heredada del régimen anterior a la CE de 1978, y la preeminencia que en ésta se da a la autoridad judicial como garante de los derechos fundamentales (arts. 9, 17, 25, 53 y 117 de la CE) sentó las premisas que desarrollaría el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia núm. 51/1995, de 23 de febrero, en la cual se señalaba una vía de valoración de la prueba practicada ante las Fuerzas de Seguridad: “Para que tal declaración hubiera podido incorporarse al juicio

oral, adquiriendo así el valor de la prueba de cargo, hubiera sido imprescindible, bien que el coimputado se ratificara en ella ante el juez de instrucción -posibilitando así la utilización del cauce previsto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediatez».

Por su parte el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de marzo de 2009 (ponente Sr. Maza Martín), señala que lo que realmente se valora es la *existencia de la declaración* y la *ausencia de alguna ilicitud o defecto procesal*. Se sostiene que o se acredita algún tipo de irregularidad en la obtención de la declaración o, cuando menos, se introducen elementos que generen, en el caso concreto, una duda solvente acerca de las condiciones, forma o circunstancias en las que la misma se produjo, o constituye prueba de cargo.⁷⁸

Recientemente el Tribunal Supremo ha adoptado un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II, acerca del valor probatorio de la declaración del imputado ante las Fuerzas de Seguridad no corroborada en sede judicial: las declaraciones de un imputado ante la Policía no tienen valor de prueba directa, ni siquiera cuando llegan al acervo probatorio a través de la testifical de los agentes que la escucharon; sino un mero valor indiciario, como hecho-base a partir del cual es posible llegar a *hechos-consecuencia* a través de la correspondiente construcción inferencial.⁷⁹

Es patente que el Pleno no jurisdiccional de 3 de junio comprende tanto las declaraciones ante la Policía del imputado no detenido como del detenido, lo que justifica su inclusión en este trabajo. Pero su mayor interés radica en que se refiere a

⁷⁸ Cfr. ALONSO PÉREZ, F., “Actuaciones de la policía judicial en los denominados *juicios rápidos*”, en *Diario La Ley* de 12 de febrero de 2004, citando este autor a GIMENO SENDRA, V., “Filosofía y principios de los juicios rápidos”, en *Diario La Ley*, n.º 5667, 2 de diciembre de 2002, p. 3, y Soto Nieto, F., “Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías”, en *Diario La Ley*, n.º 5700, 20 de enero de 2003.

⁷⁹ Texto del Pleno no Jurisdiccional de 3 de junio de 2015: “Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006.”

declaraciones formales, prestadas con la concurrencia de las garantías constitucionales y legales, en particular las enumeradas y reguladas ahora con gran detalle en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se sigue de ello que, si las declaraciones prestadas por el imputado detenido tras la información derechos que reciben la comunicación y la ley, no tienen más valor que el puramente indiciario, lo que enlaza con la norma nunca modificada del art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las declaraciones no formales, es decir, lo que la doctrina conoce como manifestaciones, no tiene otro valor que el conductor de las pesquisas policiales en los primeros momentos de la investigación criminal.

7) Otras privaciones de libertad relacionadas con la comisión de hechos delictivos

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

De la doctrina del TS y el TC⁸⁰ se extrae la siguiente conclusión: las hipótesis de requerimientos para la práctica de identificaciones, registros superficiales y controles policiales en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no afectan al derecho fundamental a la libertad, siempre que estas “inmovilizaciones” de personas sean momentáneas, proporcionadas, necesarias e instrumentales para labores de prevención o indagación de infracciones penales. En definitiva, constituyen un “sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía” al que una persona puede estar obligada “incluso en el curso de controles preventivos” (STC 107/1985 y 22/1988).

A falta de análisis jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica de Protección y seguridad, si analizamos el supuesto previsto en el art. 20.2 de la antigua LOPSC (con alguna diferencia pero igual en lo que aquí nos interesa al 16.2 de la nueva LOPSC), el

⁸⁰ ATS 3 de junio de 1996, F.J. 2º, (RJ 1055/1996); ATS 4 de junio DE 1996, FJ 5º, (RJ 1179/1996); STS 31 de marzo de 2000, (RJ 525/2000); STC 7 de octubre de 1985, F.J. 3º, (RJ 107/1985); STC 18 de febrero de 1988, F.J. 1º, (RJ 22/1988); STC de 18 de noviembre de 1993, F.J. del 4º al 6º, (RJ 341/1993).

TC afirmó que nos encontrábamos ante un supuesto de privación de libertad. Este artículo prevé el requerimiento policial al ciudadano para su acompañamiento a dependencias policiales con el objetivo de hacer la identificación, cuando se trate de una persona no identificada de la que razonable y fundamentadamente pueda presumirse que esté en disposición actual de cometer un ilícito penal o que haya cometido ya una infracción penal o administrativa y, además, que concurra la circunstancia de que la identificación no pueda conseguirse por ningún otro medio que no sea la conducción a dependencias policiales. En este caso, el TC ha sostenido que la medida supone “por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento de la persona requerida hasta las dependencias policiales próximas en que haya de quedarse un tiempo imprescindible, hoy en día limitada a 6 horas en la nueva ley), una situación que va más allá de una mera inmovilización de una persona, instrumental de prevención o indagación, y por eso ha de considerarse como una modalidad de privación de libertad”, incluso cuando la persona afectada prestara el consentimiento de practicarla (STC 341/1993). En este sentido, se razona que en vista de que la desatención al requerimiento puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas, (art. 17.5 y 36.6 de la nueva LOPSC, pasando de infracción leve a infracción grave), a pesar de que la actitud de la persona requerida que acata la orden policial expresa una voluntad, no se trata necesariamente de una voluntad libre, ya que «no se puede hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra comporte, para el mismo caso, una contravención». Por eso, el TC concluye que en este caso nos encontramos ante una modalidad autónoma de privación de libertad, en la que deben reconocerse algunos de los derechos del art. 17 CE a la persona privada de libertad. Concretamente:

a) el derecho a ser informada de la razón de la privación de libertad y de los derechos que, como privada de libertad, la asisten;

b) el derecho a no declarar, excepto con relación a los extremos necesarios para su identificación;

c) el derecho a que las diligencias de identificación no se alarguen más del tiempo imprescindible.

Podemos decir que el status de la persona requerida de identificación, trasladada o no a dependencias policiales a tal fin, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la normativa vigente se resume en los siguientes puntos:

- El requerimiento de identificación y posterior traslado coactivo a dependencias policiales para identificar al requerido no identificado, solo podrá llevarse a cabo en los supuestos de impedir la comisión de un acto delictivo y de sancionar una infracción administrativa.

- En los demás supuestos, cuando el requerimiento de identificación se base en una mera prevención del delito o criterios de seguridad ciudadana (controles), debe responder a una actividad reglada y verificable, es decir debe existir una orden de órgano competente que explique y justifique el requerimiento de identificación realizado en el caso concreto. El requerimiento de identificación singular realizado al margen de un programa debe ser justificable y los datos que lo justifiquen verificables. Solo así se puede poner algún límite al inevitable riesgo de arbitrariedad que conlleva una actividad tan deficientemente regulada y difícil de controlar.

- Información de los motivos del requerimiento a la persona requerida.

- Información de los medios que se pueden utilizar para cumplir con el requerimiento.

- Información de las consecuencias de la negativa a identificarse y el posible traslado coactivo a dependencias policiales a tal fin, y del modo en que se llevaría a cabo el traslado.

- Información de los derechos que le asisten en la situación de privación de libertad.

- práctica de las diligencias de identificación se realizara en el plazo más breve posible, no superando las seis horas.

- Anotación en el Libro de Registro de la diligencia de identificación realizada.

No es poca la crítica, sobre todo doctrinal y jurisprudencial, que rodea a la figura de la detención para identificación motivadas sobre todo por la falta de una regulación clara de la misma. Textualmente dicen dos Magistrados ya citados en este trabajo que:

“El examen de los supuestos previstos en la legislación vigente (Fundamentalmente, la LOPSC, la LOFCSE y el Texto articulado sobre tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial y el Reglamento general de circulación) revela cómo se superponen, con redacción ambigua, actuaciones relativas a la prevención y la investigación de delitos con actuaciones referentes a la prevención y la indagación de infracciones administrativas. Eso, si se parte de la presunción de la racionalidad del legislador, nos hace pensar que no se trata de un efecto casual sino deliberadamente perseguido, que permite a los cuerpos policiales, consciente o inconscientemente, enmascarar la naturaleza de su actuación y sustraerse al control judicial.”⁸¹

En definitiva, se pide una regulación normativa que establezca claramente las garantías predicadas de manera jurisprudencial⁸².

c) La detención judicial

Además de la detención que puedan practicar las FCE, y los particulares, en el curso de un proceso penal el juez instructor puede ordenar la detención de una persona. Esta detención responde a finalidades diferentes a las de los apartados anteriores, que tienen como destino final la entrega o puesta a disposición de la autoridad judicial. Ahora es el juez quien la ordena o la confirma y responde a estrictas finalidades de la instrucción judicial. Este tipo de detención la podemos denominar en los propios términos del Tribunal Supremo como **detención provisional**⁸³.

⁸¹ VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *Doce tesis en materia de detención policial preprocesal*. Revista catalana de seguretat pública..., pág 222

⁸² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio. *Identificaciones y cacheos, no preprocesales, como privaciones de libertad*. Detención policial y habeas corpus. Manuales de formación continuada. 2008, nº 48, págs. 143-178.

⁸³ STS de 5 de julio de 2007, Voto Particular I,b),(RJ 626/2007) : «Es perfectamente posible, desde luego, diferenciar entre la detención policial y la detención judicial. Estamos en presencia de lo que se ha llamado una detención preventiva, esto es, aquella que se acuerda por propia iniciativa de los agentes de policía que, precisamente por ello, han de realizar por sí el examen de la concurrencia de los requisitos que justifican la privación de libertad. Distinto es el caso de la llamada detención provisional, decidida por la autoridad judicial (art. 487 LECrim.) o el Ministerio Fiscal (art. 5) y ejecutada por los agentes, que no deben entrar a ponderar otras cuestiones que las referidas a la competencia propia y del ordenante, así como las atinentes a las formalidades de la emisión del mandamiento y la ejecución misma de la detención.»

Cuando se produce una imputación judicial, el Juez puede citar al imputado para que comparezca a su presencia solo para ser oído (art. 486 LECr.), pero si no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención (art. 487 LECr.). Lo propio sucederá cuando el Juez despache directamente la detención, de conformidad con las circunstancias del caso, sin citar al imputado para oírle, mandando a la fuerza pública que le lleven a su presencia al imputado (art. 494 LECr.). En tal caso, las FCE prestarán su auxilio al juez y en ese concepto deberán poner a su disposición a la persona reclamada, sin más trámites.

En cualquier caso, dado que la detención es una medida provisional, el juez debe tomar una decisión que proceda en poco tiempo. La ley le concede un plazo de 72 horas para elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto (art. 497 LECr.).

En cuanto a este plazo de 72 horas es necesario hacer dos tipos de aclaraciones, en primer lugar distinguir este plazo del plazo previsto, también de setenta y dos horas, en el art.17.2 CE, el cual se establece solo para la detención a policial o preprocesal y cuya justificación es diferente, de modo que nada impediría que el legislador pudiera ampliar el plazo de la detención judicial por encima de ese tiempo. En segundo lugar, cabe preguntarse si existe la posibilidad de que se dé la concurrencia del plazo cumulativo de 72 horas por iniciativa de los agentes de policía y posteriormente los detenidos se entregan a la autoridad judicial, abriéndose un nuevo plazo de 72 horas para que ésta decida sobre su libertad o prisión provisional de conformidad con el art. 497.II LECr. Así, en efecto, en el caso resuelto por STS de 8 de noviembre de 2000⁸⁴, se había producido una detención por iniciativa policial el día 19 de enero y se pasó a disposición judicial el día 22 de enero, decretándose la prisión provisional el día 24 de enero. En cualquier caso, son realmente escasos los supuestos de detención policial más custodia en disposición judicial que superan el plazo total de 72 horas y han sido primeras detenciones policiales, lo que jamás puede producirse es el plazo cumulativo de 72 horas más 72 horas cuando se está en presencia de una primera detención judicial.

d) La detención acordada por el Ministerio Fiscal

⁸⁴ STS 8 de noviembre de 2000, F.J. 7º,(RJ 1711/2000).

Se halla el Ministerio fiscal habilitado para acordar la detención en tres supuestos:

a) El Ministerio Fiscal (art. 5.2 EOMF⁸⁵ Y 773.2 LECr.) puede acordar la detención del inculpado en cualquiera de los casos en que la Policía Judicial puede practicar la detención (art. 492 LECr.).

b) Asimismo cuando el citado coercitivamente por el Ministerio Fiscal con motivo de una investigación abierta por él desatiende la orden de comparecencia puede acordar su detención, como resultata del citado art. 773.2 en relación con el art. 487 LECr.

c) Finalmente, puede el Ministerio Fiscal acordar la detención de los testigos que incumplan reiteradamente sus deberes testificales de comparecer y de declarar conforme establece el art. 420 LECr., dada la atribución por el repetido art. 773.2 de idénticas potestades de coerción que tiene el juez. Esta última no es una detención imputativa sino dirigida a asegurar el deber de comparecer ante el Ministerio Fiscal impuesto por la LECr. a los testigos.

D) El estatuto jurídico del detenido. Garantías procesales

Siguiendo los pasos de los más importantes textos internacionales surgidos tras la II Guerra Mundial, la Constitución Española ha dispuesto en el art. 17.3 que “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 letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca”. Esos “términos” fueron abordados de una forma pretendidamente completa y detallada, pero siempre en progresivo ensanchamiento, en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual incluye un amplio catálogo de derechos de la persona detenida, derechos que podemos agrupar en las siguientes categorías:

El derecho a guardar silencio

⁸⁵ Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El derecho de asistencia médica y lingüística

El derecho de información

El derecho de asistencia jurídica gratuita

El derecho a que se comuniquen el hecho y lugar de la detención a una persona.

El art. 520, que desarrolla el art. 17 de la CE en lo que se refiere al estatuto jurídico del detenido, ha alcanzado el máximo nivel de garantías mediante la reciente Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁸⁶.

Esta ley, que ha entrado en vigor el pasado día 28 de mayo, ha modificado los apartados 2, 3 y 5 del artículo 520, introduciendo un nuevo apartado 2 bis, tras lo cual la norma ha quedado redactada en los siguientes términos:

“1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo

⁸⁶ La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales (de 22 de mayo de 2012), dictado al amparo de del art.82.2.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es una directiva que se enmarca en el plan de trabajo adoptado el 30-11-2009 por el Consejo de UE para reforzar los derechos procesales de los imputados o acusados en los procesos penales, y en el que se incluyen otra serie de medidas, como las relativas al derecho a la interpretación y a la traducción, al derecho a la información sobre los derechos e información sobre los cargos, al derecho a la asistencia jurídica y justicia gratuita, o al derecho del detenido a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares, que han sido objeto de desarrollo en otras directivas independientes.

El art. 11.1 de la Directiva prevé que el plazo de transposición de la misma finaliza el día 2-6-2014, de manera que antes del fin de dicho plazo los Estados miembros de la UE deberían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva. La circunstancia de que algunos de los Estados miembros (entre ellos España) haya incumplido la obligación de transposición dentro del plazo fijado al efecto debería determinar -además de la correspondiente responsabilidad por incumplimiento de dichos Estados ante las autoridades comunitarias ejecutiva y judicial (Comisión y Tribunal de Justicia)- la posibilidad de que los ciudadanos (imputados o acusados) invocaran el «efecto directo vertical» de los preceptos de la Directiva que les confieren derechos de forma clara, precisa e incondicional frente a las administraciones públicas, según las pautas marcadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en las diligencias de reconocimiento en rueda de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

f) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

g) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

h) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

2 bis. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

3. Si se tratare de un menor de edad o persona con la capacidad judicialmente complementada, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias de la letra e) del apartado 2 a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o con capacidad judicialmente complementada fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

4. La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio.

Si transcurrido el plazo de ocho horas la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciese injustificadamente Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados.

5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.»

6. La asistencia del Abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

El estatuto jurídico del detenido puede centrarse, pues, fundamentalmente, en el reconocimiento de los siguientes derechos:

a) Derecho de “silencio”

Que se recoge en el art. 520 apartado 2. a) y b) , y que va referido a la facultad del detenido, a no declarar, en términos absolutos. Si lo hace, a no declarar contra sí

mismo, y a contestar, o no, alguna/s preguntas que le fueran formuladas; declarando, o no, ya en sede policial, ya ante la autoridad judicial a cuya disposición pase el detenido.

b) Derecho de asistencia médica y lingüística

Que se recogen en el citado art. 520, 2 en sus apartados e) y f), previsión la primera, para cuando se trate de un detenido extranjero “que no comprenda o hable castellano”, supuestos de harta frecuencia en la realidad judicial. (art. 520, 2.e).

Este ha sido el punto en el que se ha centrado la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por Ley Orgánica 5/2015.

c) El derecho de información

Entre los nuevos derechos que ahora se consagran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, como no podía ser de otra manera, se reconocen al imputado detenido, destaca de una manera particular el derecho de acceso a su propio expediente, que constituye un necesario complemento de ese elemental derecho de todo detenido, ya garantizado en la propia comunicación, de conocer las razones de su detención y los hechos imputados. Especial mención merece el derecho de acceso al expediente. El art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce al imputado un derecho de información amplio, que luego va a ser restringido, según se dirá para el imputado privado de libertad. Se dispone, en efecto, que los imputados tienen “a) Derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir un ejercicio efectivo del derecho a la defensa. b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa.”

Sin embargo, ese alcance resulta limitado para el detenido, por razones que no son enteramente compartibles y si censurables: el art. 520.1 d) restringe ese derecho al

“... acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.”

En el propio Preámbulo de la Ley orgánica 5/2015 se explica que en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso al expediente se ha recogido en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.

Al margen de la restricción que la ley parece justificar por el hecho mismo de la privación cautelar de libertad, la Ley Orgánica 5/2015 ha dado unos nuevos contornos al fundamento del secreto de las diligencias penales, concretando, al dar nuevo contenido al art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las circunstancias que justifican tal declaración de secreto son la necesidad de “...evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, así comoprevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.”

d) El derecho de asistencia jurídica

Que, como tal, se desarrolla, en varios epígrafes del art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal, el párrafo 2 c) que refiere el nombramiento de la asistencia letrada, no solo por medio de la designación que efectúe el detenido, sino, en su defecto, al que se le designe de oficio, por ser irrenunciable -a excepción hecha de los supuestos de detención por delito contra la seguridad del tráfico, conforme se deduce de los apartados 4 , 5 y 6 del citado 520 LECr.

La jurisprudencia ha venido resaltando el carácter subsidiario que tiene la asistencia por abogado del turno de oficio en relación con el derecho del detenido o del imputado no detenido de designar un retardo de su libre elección, destacando el carácter de *intuitu personae* que reviste la relación entre abogado y cliente, así en los caso en

que se enmarca en un contrato de arrendamiento de servicios, como en aquellos otros en que se desenvuelve en el marco de un contrato laboral o de otra naturaleza. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1997 y 18 de noviembre de 2004 establecen que el derecho a la defensa y el derecho a la asistencia letrada suponen el reconocimiento de que el interesado puede encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa⁸⁷.

El artículo 24.2 CE, en la línea de los tratados internacionales, establece como garantía constitucional de toda persona, a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo, la posibilidad de valerse de asistencia letrada. Este derecho encuentra su desarrollo concreto en los artículos 118 y 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen, como regla general, la libre designación de abogado por parte de los imputados, detenidos, procesados o presos. El artículo 14,3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 resalta la necesidad de las garantías procesales y proclama el derecho de toda persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección. El artículo 6,3 c) del Convenio Europeo de 1950 ya había establecido esta garantía a toda persona acusada, concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Estas normas forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud del artículo 96 de la Constitución. En el mismo sentido de la preferencia de la asistencia letrada de libre elección se han pronunciado las SSTS de 14 de febrero de 1994, 26 de diciembre de 1996 y 3 de mayo de 2001, entre otras.

La extensión o intensidad de la asistencia letrada ha recibido un engrosamiento garantista con la nueva redacción que se ha dado al art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la Ley Orgánica 5/2015, pues en el apartado 5 se establece que 5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

⁸⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. *La detención preventiva: naturaleza jurídica y presupuestos*. 18-01-2006. Diario de Jurisprudencia El Derecho, nº 2223, pág. 1 y siguientes.

En cambio, es censurable que no se haya zanjado la vieja polémica acerca de si el detenido tiene derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado también antes de las diligencias policiales⁸⁸. Mucho nos tememos que el silencio de la ley va a perpetuar la solución negativa que siempre ha presidido la actuación policial⁸⁹.

Nuestro derecho no es enteramente huérfano de supuestos en los que el detenido tiene derecho a entrevista previa con su letrado; así lo reconocen la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Por otro lado, en la nueva redacción que ha recibido el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el derecho de asistencia letrada va más allá del propio entorno comunicativo de la declaración ante los cuerpos policiales y la Administración de Justicia, pues se dispone “...su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en las diligencias de reconocimiento en rueda de que sea objeto.”

El derecho de que se comunique la detención a otra persona no es un derecho instrumental del derecho de defensa, sino que más bien hace relación al derecho del detenido de que la privación de libertad se produzca de la forma que menos perjudique sus intereses personales. Sin embargo, no podemos desconocer que la Ley Orgánica 6/84, de 24 de mayo de Habeas Corpus reconoce legitimación para solicitar la

⁸⁸ Se trata de una vieja aspiración de los abogados que merecía ser laureada. El tribunal Supremo se había hecho eco del debate mantenido en la doctrina y de la vacilaciones en la práctica judicial, declarando en su Sentencia 1500/2000 de 4 de octubre, que no se deduce de la ley la existencia de un derecho del Letrado a entrevistarse con sus clientes antes de la toma de declaración en Comisaría, sino después al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido. En este mismo sentido, la STS 539/1998 de 11 de mayo declaraba que en modo alguno puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el art. 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar.

La Ley 38/2002 había zanjó esta antigua polémica en sentido inverso a como ahora lo hace la Ley Orgánica 5/2015. Los trabajos preparatorios de aquel texto legal reflejaban la intención del legislador de excluir esa entrevista previa que, en el texto que ha estado vigente hasta el 28 de mayo, se venía admitiendo tan sólo en sede judicial, en virtud de lo que disponía el art. 775.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También la Fiscalía General del Estado interpretó los arts. 529 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sentido excluyente del derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con su abogado antes de la primera declaración ante la Policía. (Cfr. Circular 1/2003, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado)

⁸⁹ Con fecha de 2 de septiembre de 2015, dos meses después de haber finalizado este trabajo, el Senado aprobó definitivamente la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con algunas pequeñas modificaciones respecto al texto enviado por el Congreso. La reforma tiene en cuenta la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales para realizar una regulación sistemática del derecho a la asistencia letrada, con expreso derecho a la entrevista reservada antes del interrogatorio policial.

manifestación ante la autoridad judicial, no sólo al propio sujeto privado de libertad, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo, sino también a su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y respecto a menores e incapacitados, sus representantes legales.

E) La vulneración de las garantías

La necesaria protección de los derechos del ciudadano encontró en la propia comunicación el marco de la garantía jurisdiccional necesaria para asegurar el derecho a la libertad. En efecto, el at. 17.4 del texto constitucional consagra el procedimiento de “habeas corpus, para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. La previsión constitucional ha tenido su prolongación en el propio Código Penal, asiento de la asunción por parte del Estado, a través del *Ius puniendi*, de la responsabilidad en la persecución de los más graves ataques a los derechos fundamentales y en particular, del derecho a la libertad.

El Código Penal ha sancionado en sus arts. 530 y 532, las conductas dolosas o gravemente imprudentes, de “la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”

Los tipos penales citados, se reservan a los casos de *detención justificada*, pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal; reservándose la utilización de estas figuras delictivas a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECr. que se están analizando), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal.⁹⁰

⁹⁰ Vid. SSTS 376/2003, de 10 de marzo y 1352/2004, de 22 noviembre.

Pero la garantía misma frente a una detención ilegal por parte de las Fuerzas de Seguridad sigue siendo la del **procedimiento de Habeas Corpus**, regulada en la Ley Orgánica 6 /1984, de 24 de mayo, que permite al detenido, a sus familiares o representantes, e incluso a su Letrado, según la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera. Núm. 37/2008, de 25 de febrero, deducir una petición de habeas corpus ante la administración judicial, encaminada a hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, a través del cual se busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente" (STC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5) o, en palabras de la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 6 la finalidad esencial de este procedimiento "es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad (SSTC 194/1989 y 104/1990, entre otras), frente a detenciones ilegales o que transcurran en condiciones ilegales (STC 153/1988)".

El propio Tribunal Constitucional ha venido advirtiendo reiteradamente del peligro que para la integridad de las garantías del detenido representa la inadmisión *a limine* de la petición de habeas corpus por parte de los Jueces de instrucción. No es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el habeas corpus es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación. Conforme a la citada jurisprudencia de este Tribunal, las inadmisiones *a limine* de las solicitudes de habeas corpus argumentadas en la legalidad de la detención, como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse como una vulneración del art. 17.4 CE, (Cfr. STC, Sala Primera. Núm. 37/2008, de 25 de febrero)

E) Duración de la detención

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en los que el Derecho procesal no ha fijado un límite máximo de duración de la detención preventiva,⁹¹

⁹¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que pronunciarse en algún caso en que se demandaba un Estado miembro del Convenio Europeo de 1950, cuyo ordenamiento interno no contenía límite en ese sentido. Cabe citar como más destacable, la STEDH de 30 julio 1998 (*Aerts contra Bélgica sobre la detención provisional del demandante en un psiquiátrico*) en la que el Tribunal falló por

nuestro Derecho contiene un límite fijado al máximo nivel normativo, en el propio artículo 17 de nuestra CE.

Los límites temporales de la detención preventiva se regulan, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en la Constitución Española de 1978. En cuanto a los límites temporales de la detención preventiva en la LECrim, el artículo 496 dispone que el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes. Sin embargo el artículo 520 de la citada norma, según la redacción dada por LO 14/1983, de 12 de diciembre, y el propio artículo 17.2 de la Constitución Española determinan un plazo de setenta y dos horas.

- Respecto al **plazo o duración de la detención**, el legislador constituyente dispuso en el **art. 17,2 CE**: “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de 72h. el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Idéntica duración se prevé, en el art. 520,1, párrafo segundo, LECr, disposiciones que ponen de manifiesto cierto desfase, simplemente literal, con el tenor del art. 496 del mismo texto, que alude al plazo de 24h. de puesta a disposición judicial, sin que exista cualquier otra disposición en este sentido; antes al contrario, la única “especialidad” expresa del plazo de detención, se incorporó al art. 520 bis.1., como consecuencia de la Ley Antiterrorista, LO 4/88 de 25 de mayo, respecto de los “delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas, o individuos terroristas o rebeldes...” del art.384 bis , cuya peculiaridad, determina la posibilidad de prórroga de la detención , hasta un límite máximo de otras 48 horas - sobre las 72 horas de duración ordinaria- previa autorización judicial, emitida en 24 horas desde la solicitud, que deberá interesarse dentro de las 48 horas de la detención.

unanimidad que se había conculcado el derecho del art. 5,1 del Convenio. A la vista de los documentos aportados acerca de la situación del anexo psiquiátrico de la prisión, el Tribunal decidió que las condiciones fueron deficientes constituyendo una infracción del Convenio. El Tribunal tenía que afrontar una indeterminación doble: ni el Convenio ha fijado un tiempo máximo de detención preventiva, ni el Derecho belga, tampoco. No es este el caso de España pues el art. 504 de la LECr en su párrafo cuarto ha fijado este límite máximo. Vid. LÓPEZ MUÑOZ, María José, *El derecho a la libertad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Diario de Jurisprudencia El Derecho, nº 1599, 5 de junio de 2002, págs. 1 y siguientes.

Aunque un cierto sector doctrinal ha sostenido que la Constitución Española establece una duración máxima que la Ley ordinaria puede restringir, viene en general entendiéndose que, siendo la Constitución norma jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y posterior en el tiempo, ha modificado el artículo 496. Esta es la postura que mantiene desde hace décadas la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así en la Sentencia de fecha 11 de octubre de 1988, en la que establece que debe prevalecer el Texto Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha venido poniendo de manifiesto con reiteración esta postura como dice en la reciente STC 88/2011, de 6 de junio, citando la STC 165/2007 que “el art. 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3) . Este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada. En consecuencia, la vulneración del citado art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasarse el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2)”. Por ello, hemos afirmado de manera concluyente en la STC 250/2006, de 24 de julio, que “pueden calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aún sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas

dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente” (F.J. 3º).⁹²

La trascendencia de la duración de la detención es tal que, según ha declarado en varias ocasiones el TEDH, una detención practicada con sujeción al Derecho interno de un Estado parte del Convenio de Roma, puede ser lícita en su momento inicial o en cierto tramo temporal, y tornarse arbitraria y contraria a lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo, si sobrepasa ciertos límites. Así, en estrecha conexión con el derecho de todo detenido de ser conducido de manera inmediata al Juez, no puede dejar de mencionarse la STEDH de 11 julio 2.000, en la que se afrontaba un caso en que las Fuerzas de Seguridad Turcas habían detenido y encarcelado a una persona sospechosa de haber tenido cierta participación en delitos de terrorismo, quedando bajo custodia policial durante más de quince días sin que se le pusiera a disposición judicial y sin que se le permitiera hacer uso del derecho a asistencia letrada, estando además sometido durante su interrogatorio a numerosas torturas y tratos vejatorios por parte de los agentes encargados de su custodia. El Tribunal de Estrasburgo señaló que, en las circunstancias expresadas, la propia duración de la medida privativa cautelar excedía manifiestamente de los límites del art. 5 del Convenio, sin que existiera excusa alguna por parte del Estado que había violado el Convenio que pudiera justificar tal demora.⁹³

La reciente Ley Orgánica 5/2015 ha introducido en el apartado 2 del art. 520 una nueva garantía para el detenido, al cual se le debe comunicar preceptivamente por la autoridad o agente que haya procedido a su detención, el “... **plazo máximo legal de duración de la detención** hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.”

⁹² La misma doctrina se mantiene en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 95/2012, de 7 de mayo.

⁹³ En supuestos como el de esta Sentencia se advierte con especial claridad la tensión entre el impulso garantista pro ciudadano del ciudadano y el impulso defensor del Estado. Las Autoridades Turcas alegaron en el proceso ante el TEDH que la persona detenida era sospechosa de hallarse implicada en varios delitos de terrorismo de tal forma que al tratarse de una investigación compleja, era necesario prolongar su detención más de lo normal puesto que de forma contraria podría perjudicarse la investigación policial. El Tribunal decretó que aun cuando la detención que se hizo en un principio pudiera ser legal al ser ajustada a derecho o legal y conforme a los procedimientos legales establecidos, el exceso de tiempo sin ser llevado el detenido a disposición del Juez hizo que la detención tornara en arbitraria y contraviniera la letra y el espíritu del art. 5.

Naturalmente, ese plazo máximo debe ser una expresión horaria, por referencia al momento en que se practicó su efectiva detención. Todavía tenemos que lamentar que la redacción del nuevo apartado del art. 520 no haya sido más clara en punto a la necesidad de garantizar que esa comunicación del límite temporal de la detención se realice precisamente *por escrito*, exigencia ésta que es posible defender en virtud de la previsión que se hace en el propio apartado 2, in fine, de que **“En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.”** medio de un texto escrito que se ponga en poder del detenido, pues en tal caso, tendría una efectiva disposición de un medio de prueba preconstituida del exceso de la Fuerzas de Seguridad responsable de su detención, en cuando al rebasamiento del límite temporal que se hubiera consignado por escrito.

Existen determinadas reglas especiales que afectan al plazo máximo absoluto de la detención en los siguientes casos:

a) En el **proceso de menores**, no puede extenderse en la detención policial más allá de 24 horas, pasadas las cuales el menor detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de Ministerio Fiscal que, a su vez, dentro del término de 48 horas desde la detención inicial, debe poner al menor a disposición judicial o acordar su libertad⁹⁴.

b) En el caso de delitos relacionados con la **actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes**, se permite la prolongación del plazo general de 72 horas durante el tiempo necesario para la investigación y hasta un máximo de otras 48 horas más. Para ello es necesario que se autorice la prórroga en resolución motivada del juez competente y previa solicitud razonada de la autoridad que haya practicado la detención, realizada dentro de las primeras 48 horas del plazo ordinario. La norma es aplicable en el proceso de **menores**⁹⁵.

c) En caso de vigencia de los **estados de excepción y de sitio**, se permite la detención por un período máximo de 10 días cuando sea necesaria para la conservación del orden, por existir, cuando menos, fundadas sospechas de que la persona del detenido va a provocar alteraciones del orden público. La norma resulta literalmente ininteligible salvo que se aplique con criterios propios del Derecho penal de autor, incompatibles con

⁹⁴ Ley Orgánica 5/2000 art.17.4 y 5; RD 1774/2004 art. 3).

⁹⁵ LECr. art.520 bis.1; LO 5/2000 art.17.4).

nuestro sistema jurídico. Parece que la fundada sospecha ha de basarse inexcusablemente, en coherencia con el sistema de la LECr, en el riesgo de reiteración delictiva de hechos ya perpetrados cuando se decreta la detención⁹⁶.

F) Finalización de la detención

El art.17.2 dispone que una vez transcurridos los límites temporales de la detención, “el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”; de lo que podemos concluir que estas son las únicas dos formas en que puede finalizar la detención. A modo de resumen de lo ya expuesto en capítulos anteriores podemos clasificar las formas de concluir la detención de la siguiente manera:

a) La libertad del detenido

La puesta en libertad del detenido tiene lugar, tanto cuando desaparecieren las causas que motivaron la detención, como cuando transcurren los plazos de la misma y no es procedente su puesta a disposición judicial.

Por ejemplo, si se practicó la detención del presunto autor de una falta porque no acreditaba su identidad y domicilio, y posteriormente los acredita; o en el caso de una detención practicada contra una persona sobre la que existen sospechas racionales de responsabilidad en un delito como resultado de la investigación policial, y estas sospechas se desvanecieran. Desaparecidas las causas que motivaron la detención procede alzar la medida de inmediato y poner en libertad al detenido.

El deber de poner en libertad al detenido es una consecuencia del derecho del mismo a la libertad, derivado del artículo 17.2 CE, que encuentra cobertura tanto en desde el punto de vista procesal, a través del procedimiento de *habeas corpus*, como desde la perspectiva penal, en la que el artículo 530 Código Penal tipifica como delito de detención ilegal la prolongación indebida de la detención.

⁹⁶ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, arts.16 y 32.3).

b) La puesta del detenido a disposición judicial

Supone normalmente la presentación o entrega material de la persona detenida al órgano judicial, así como de las diligencias policiales resultantes de la investigación y de los efectos e instrumentos intervenidos.

Esta puesta a disposición judicial se materializa generalmente en la presentación de la persona detenida ante el órgano judicial como puede deducirse del artículo 496 LECr., pero esta entrega material no siempre es posible, por lo que la puesta a disposición judicial exigida por el artículo 17.2 CE puede cumplirse con la transferencia a la autoridad judicial del control sobre la libertad del detenido. Es decir, el efecto fundamental de la puesta a disposición judicial del detenido es la cesación de las atribuciones de quien hubiera adoptado la detención sobre las sucesivas decisiones relativas a la privación de libertad del detenido, que a partir de ese momento quedan asumidas por el juez. Así, por ejemplo, podemos observar la STC 21/1997 en la que en un supuesto de detención en alta mar, al resultar imposible la presencia física de los detenidos ante el juez antes de que transcurrieran las 72 horas de plazo, el Juzgado Central de Instrucción acordó la prisión provisional, comunicada y sin fianza de los detenidos. Declara el TC que “el sentido y la exigencia constitucional no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el juez (aunque ello debe constituir la forma normal, por implicar una mayor garantía del detenido), sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las 72 horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y quede bajo control y la decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el art. 17.1 reconoce”.

El juez competente para recibir al detenido será el juez de instrucción más próximo al lugar donde se hubiera hecho la detención, con independencia de que resultara o no competente para conocer del proceso que tienen por objeto los hechos determinantes de la detención (496 LECr.), sin embargo nada impide que el detenido se ponga a disposición del juez competente para conocer la causa, o que ya estuviera conociendo de ella, siempre que sea posible hacerlo sin exceder el plazo establecido en el artículo 17.2 CE.

c) La entrega del detenido a otras autoridades

La entrega del detenido por parte del funcionario policial a otro funcionario policial, sea a su superior jerárquico o a funcionarios de una unidad policial especializada, o también al Ministerio Fiscal, no implican la conclusión de la detención, sino su continuación. Un caso especial sería el de entrega del detenido a las autoridades penitenciarias por tratarse de un penado, lo que implica la terminación de la detención policial sin puesta en libertad ni entrega a la autoridad judicial.

CONCLUSIONES

1- Las medidas cautelares aseguran la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarda en tramitar el procedimiento y no deben confundirse con medidas de prevención general para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes.

De acuerdo con la elaboración conceptual de la doctrina procesalista, las medidas de coerción procesal son el género al que pertenecen como una categoría las medidas cautelares. Aquéllas pueden ser definidas como el conjunto de instrumentos jurídicos que pueden ser empleados en el marco del proceso penal y que producen una afectación más o menos intensa en los derechos del sujeto afectado por las mismas, sea el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (medidas que se dirigen a otros fines no cautelares tales como: medidas de prevención general para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes; o de prevención especial para evitar posibles futuros delitos cometidos por el inculgado; o medidas preventivas personales dirigidas a proteger a las víctimas o a sus familias) Las medidas cautelares, por el contrario, son aquellos instrumentos procesales que sirven para garantizar la efectividad del proceso penal mismo, y más específicamente de la resolución (sentencia normalmente) que pone fin a dicho proceso, y que se proyectan sobre los derechos del

imputado (sujeto pasivo del proceso penal). Se trata de instrumentos vinculados a la dimensión temporal de la sustanciación del proceso penal: si el juicio oral pudiera celebrarse el mismo día de la perpetración del delito o de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del proceso medida cautelar alguna. Desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica, pues el juicio oral requiere su preparación a través de la fase previa, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un período de tiempo excesivamente dilatado durante el que el imputado podría ocultarse a la acción de la justicia, frustrando el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para asegurar el normal desarrollo del proceso y garantizar la ejecución de la futura y probable sentencia condenatoria surge la conveniencia de adoptar, hasta que ésta adquiera firmeza, las medidas cautelares.

2.- La detención es una medida cautelar personal frecuentemente practicada y que debe estar sujeta a múltiples limitaciones.

Constituye la detención el supuesto de hecho paradigmático de las injerencias estatales en el derecho a la libertad, en especial la detención practicada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en todas sus vertientes, tanto en las detenciones imputativas, como en otras situaciones de hecho que implican una auténtica injerencia en el derecho a la libertad y a las que se les niega la denominación de detención, tales como las “detenciones” para identificación, el cacheo o el registro u otras privaciones denominadas como supuestos no penales de privación de libertad como el internamiento de extranjeros, al margen de los que impliquen una detención por hechos delictivos. Refleja el anuario estadístico del ministerio del interior la cifra de 458.08 detenciones e imputaciones en todo el territorio nacional en el último año, con lo que podemos hacernos una idea de la importancia que tiene esta diligencia.

Para un Estado de Derecho como el nuestro, en el que la dignidad e la persona constituye el fundamento del orden público y de la Paz Social, la detención en el proceso penal, constituye una medida cautelar plena de garantías y sujeta a múltiples límites tanto en lo formal como en lo material y en el aspecto cronológico, es decir, la duración de la detención, cuestión que ha suscitado importantes fallos jurisprudenciales, así de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, como del TEDH.

El art. 17 de la CE proclama en su apartado primero que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”; expresión que bien pudiera decirse, encierra en sí misma las notas que configuran los aspectos enunciados anteriormente, a saber, su naturaleza jurídica, presupuestos y finalidad.

Situada en el “campo de tensión”, del que hablaba GROSSEL , entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, la detención preventiva , en tanto medida restrictiva del derecho fundamental que se acoge en el artículo 17, se nos presenta, como un elemento instrumental y proporcionado, cautelar , y excepcional .

3- Existen zonas intermedias entre detención y libertad.

El término y el concepto de detención tienen un recorrido solo parcialmente coincidente en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico. Nuestro Tribunal constitucional en Sentencia 98/1986, de 11 de julio, en su fundamento cuarto precisó que: “Debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...” esta noción amplia del Tribunal Constitucional se asemeja más a lo que comúnmente podríamos entender como detención que a la definición que se desprende de las leyes y quienes aplican las mismas, donde se reserva el término detención , y por tanto la aplicación del sistema de garantías previsto en el artículo 17 de la C.E., solo para algunas situaciones de injerencia en el derecho a la libertad. Así como el legislador rehúye denominar algunas situaciones como detención, el propio T.C. y también el T.S, en varias sentencias niegan la denominación de detención a determinadas situaciones de privación de libertad que bien podrían incluirse en esa definición extensa que hace el propio T.C.

4- Algunas de estas situaciones intermedias pueden llegar a suponer una mayor injerencia en la libertad de las personas que la propia detención.

Un ejemplo de esto son los supuestos en los que se puede acordar el internamiento de un ciudadano extranjero en un CIE al objeto de asegurar su expulsión del territorio nacional, vamos a fijarnos en el retorno, que supone la denegación de entrada en el territorio nacional por no cumplir los requisitos establecidos . A diferencia de lo que ocurre con la expulsión y la devolución (al menos en el supuesto de pretensión de entrar ilegalmente en territorio Español) su naturaleza no es sancionadora. Se trata de una mera resolución administrativa desfavorable.

Cuando el extranjero intenta acceder por los puertos fronterizos habilitados sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, se realizará la denegación de entrada que lleva aparejada la orden gubernativa de retorno del extranjero no admitido, tratándose de dos figuras (la denegación de entrada y el retorno) distintas pero íntimamente conectadas en la medida en que una es consecuencia necesaria de la otra, y ambas deben cumplir unas garantías comunes de procedimiento.

La espera del extranjero en las zonas de tránsito de aeropuertos y puertos supondrá una afectación de su libertad personal, que se verá prolongada en el caso de que se adopte una medida de internamiento como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el retorno en el plazo de 72 horas. La solicitud de internamiento corresponde a la autoridad gubernativa, delegado o subdelegado de gobierno, o, por delegación, al funcionario responsable del puesto fronterizo habilitado, que la presentará ante el juez de instrucción del lugar donde se haya producido la detención a fin de que determine el lugar donde el extranjero haya de ser internado. el plazo máximo de permanencia en estos establecimientos es de 60 días, lo que es considerado por muchos excesivamente largo teniendo en cuenta la situación en la que los internos se hallan y que se está privando de libertad a unas personas que simplemente tienen una sanción administrativa, vamos, lo que viene siendo una multa como si se tratara de un mal aparcamiento.

5- A diferencia de los particulares, que tienen una mera facultad de detener, la “obligación” de hacerlo, incumbe y es exigible a las autoridades (Juez o

Tribunal) y a los agentes de la Policía Judicial. Por otro lado las detenciones llevadas a cabo por miembros de la seguridad privada han sufrido una importante modificación.

Si bien ya existían algunas diferencias en relación con la detención realizada por particulares como el hecho de que en determinados casos de auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la detención, puede considerarse un deber y no una facultad solamente, aunque, de ningún modo, se trate de una potestad semejante a la policial, se produce una alteración fundamental en nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de detención; se reconoce expresamente a los agentes de la seguridad privada facultades para detener sin limitación y sin especificación casuística alguna ni de forma, en directa conculcación de lo que dispone el artículo 17.1 CE: “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”, y en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La conclusión, así, no puede ser más que la de una directa inconstitucionalidad de esta Ley en el que es uno de los aspectos más sensibles de las declaraciones de derechos: la libertad personal.

6- la ejecución material de la detención en sus diferentes fases como por ejemplo en las diligencias de cacheo y registro, es una de las partes más delicadas de la detención y en la que pueden surgir controversias.

Para que la actuación de los agentes sea realmente eficaz, el ordenamiento jurídico les dota de un haz de poderes, que por su afeción a los derechos fundamentales precisa de límites muy claros, para que no pasen de ser de garantes de los derechos de los administrados a invasores de los mismos. Por ejemplo el empleo de la fuerza ha de regirse por la mínima lesividad y solo de manera excepcional, así por ejemplo en la Instrucción 12/2007 se aborda la legitimidad del uso de la fuerza de manera excepcional, cuando se produzca una resistencia o exista un grave riesgo para la seguridad ciudadana, así como en los supuestos en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas. En cuanto al cacheo, Según esta directiva, el cacheo es preceptivo en los casos de detenciones, así como ante sospechosos potencialmente peligrosos. En el resto de ocasiones la práctica del cacheo será potestativa, basado en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen, sin que en ningún caso pueda aplicarse de forma arbitraria. En cuanto al sexo

del agente actuante que realiza el cacheo se dispone que, salvo en casos de urgencia, deberá realizarlo personal del mismo sexo que la persona a cachear.

7- La detención para identificación sigue siendo una cuestión polémica.

A pesar de haberse solucionado parte de la polémica con la inclusión en La nueva LOPSC de un límite máximo de duración de 6 horas para esta diligencia (antes no existía ningún límite expresamente reconocido), y si bien de la doctrina del TS y el TC se puede extraer la conclusión de que los requerimientos para la práctica de identificaciones, registros superficiales y controles policiales en la vía pública o establecimientos abiertos al público, no afectan al derecho fundamental a la libertad, siempre que estas “inmovilizaciones” de personas sean momentáneas, proporcionadas, necesarias e instrumentales para labores de prevención o indagación de infracciones penales, constituyendo un “sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía” al que una persona puede estar obligada “incluso en el curso de controles preventivos”, no son pocas las voces incluido el propio TC que opinan que en este caso nos encontramos ante una modalidad autónoma de privación de libertad, en la que deben reconocerse algunos de los derechos del art. 17 CE a la persona privada de libertad.

8- Para un efectivo y real derecho de defensa debe permitirse la comunicación entre detenido y letrado antes de que tenga lugar la declaración de aquél en sede policial.

Con fecha de 2 de septiembre de 2015, dos meses después de haber finalizado este trabajo, el Senado aprobó definitivamente la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con algunas pequeñas modificaciones respecto al texto enviado por el Congreso. La reforma tiene en cuenta la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales para realizar una regulación sistemática del derecho a la asistencia letrada, con expreso derecho a la entrevista reservada antes del interrogatorio policial. Parece ser que se va a zanjar una vieja polémica en la que el propio Tribunal Supremo se había hecho eco del debate mantenido en la doctrina y de la vacilaciones en la práctica judicial, declarando

en su Sentencia 1500/2000 de 4 de octubre, que no se deduce de la ley la existencia de un derecho del Letrado a entrevistarse con sus clientes antes de la toma de declaración en Comisaría, sino después al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido. En este mismo sentido, la STS 539/1998 de 11 de mayo declaraba que en modo alguno puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, prevista y regulada en el art. 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar. No obstante en la actualidad y a la vista de la citada directiva era recomendación común de muchos colegios de abogados la reivindicación de la legalidad de dicha entrevista o al menos poder recomendar al detenido que no declarase en sede policial.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO PÉREZ, Francisco. *Manual del policía*. 4ª ed. Madrid: la Ley – Actualidad, S.A. 2004. ISBN 84-972-5537-2.

ALONSO PÉREZ, Francisco. Actuaciones de la policía judicial en los denominados juicios rápidos, *Diario La Ley*. 12 de febrero de 2004, Nº 1, págs. 1794-1802, ISSN 0211-2744.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, *et al.* *Detención policial y habeas corpus*. Manuales de formación continuada. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, nº 48. Págs. 141-177. ISBN 978-84-92596-29-4.

BANALOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1996. ISBN 84-481-0503-6.

BARONA VILAR, Silvia. ¿Una nueva concepción expansiva de las Medidas Cautelares Personales en el proceso penal? *Revista poder judicial*.2006, nº especial XIX, págs. 254-261. ISSN 1139-2819.

CALAMADREI, Piero., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima: ARA editores, 2005. ISBN 9972626784.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (con Víctor Moreno Catena). *Manual de Derecho Procesal Penal* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2.012. ISBN 978-84-9004-332-5.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La detención por delito*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998. ISBN: 84-8193-733-9

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. ISBN 84-8002-189-6

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Madrid: Civitas, 2001. ISBN 84-470-1605-6.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 243-282. ISBN 84-96354-49-0

DONINI, M. *El Derecho penal frente al “enemigo”*, en Cancio Meliá – Gómez-Jara Díez (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: Edisofer, 2006. págs. 617-629. ISBN 84-96261-28-X

FERRAJOLI, Luigi. *L’ imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell’emergenza*, en *Dei delitti e delle pene*, n.º 3, 1983.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “Pruebas Ilegales”: de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. ISBN 978-84-259-1248-1

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. La detención preventiva: naturaleza jurídica y presupuestos. *Diario de Jurisprudencia El Derecho*. 2006., nº 2223, págs. 1- 27. ISSN 0211-7754.

GIMENO SENDRA, José Vicente, *El proceso de "habeas corpus"*. Madrid: Tecnos, 1985, ISBN: 84-309-1145-6.

GIMENO SENDRA, José Vicente. Filosofía y principios de los juicios rápidos, en *Diario La Ley*, n.º 7, 2002, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, págs. 1557-1562. ISSN 0211-2744.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Funciones y Conceptos Formales de Derecho, *Moneda y crédito* N.- 128, 1974, Madrid: Fundación Banco Santander Hispano. ISSN.0026.959x

GONZALEZ GARCIA, Jesús María. el proceso penal español y la prueba ilícita. *Rev. derecho* (Valdivia), dic. 2005, vol.18, no.2, p.187-211. ISSN 0718-0950.

HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Autores, 1981, ISBN 84-300-4287-3.

ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. *Las medidas cautelares en el procedimiento penal*. Revista de Derecho Procesal, 1995, Nº1, págs.63-140. ISSN 0213-1137.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, ISBN: 950-727-370-0

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. Conflicto entre Derechos Fundamentales e Investigación Policial: El Caso del Cacheo. *Revista de Estudios Jurídicos*. nº 12/2012 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), ISSN 1576-124X.

LÓPEZ MUÑOZ, Maria José, *El derecho a la libertad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1599, 5 de junio de 2002, págs. 1-23. ISSN 1888-4881.

MONTERO AROCA, J., *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona: Librería Bosch 1988, ISBN: 84-7698-037-X

MORENO CATENA, Víctor (con Valentín Cortés Domínguez). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 4ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2.012. ISBN 978-84-9004-332-5.

MORENO CATENA, Víctor, et al. *El proceso penal. Doctrin, jurisprudencia y formularios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2.000. ISBN 84-8002-972-2.

MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, n.º 16, Madrid, 2005, pp. 123-137, ISSN 1138-9168.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. Detención y “habeas corpus”: supuestos no penales. *Detención policial y “habeas corpus”*. Manuales de formación continuada. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, nº 48, págs. 105-131. ISBN 978-84-92596-29-4.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 15 ed. Milano: Dott. A Giuffrè – Editore, 2014 ISBN 978-88-1418-279-2

SANCHEZ-CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *Comentarios a la legislación concursal*, tomo IV. Valladolid: Lex Nova, 2.004. ISBN 978-8484066026.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delitos sexuales violentos*, en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Directores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 699-709. ISBN 84-344-7473-5.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, ¿El Derecho penal garantista en retirada? en *Revista Penal*, n.º 21, enero de 2008. *Revista penal*, págs. 148-164, ISSN 1138-9168.

SOTO NIETO, Francisco. Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías, en *Diario La Ley*, n.º 1, 2003, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, págs. 1510-1512. ISSN 0211-2744.

QUERALT/JIMÉNEZ QUINTANA. *Manual de policía judicial*, 2.ª ed., Madrid : Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989. ISBN 84-7787-000-4

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *La detención preprocesal preventiva: Previsiones constitucionales y legales*. Detención policial y habeas corpus. Manuales de formación continuada. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, nº 48, págs. 45-101. ISBN 978-84-92596-29-4.

VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Doce tesis en materia de detención policial preprocesal. *Revista catalana de seguretat pública*. 2010, nº 22 mayo edición en castellano, pág. 207-230.