

punible (195), como son: La detención realizada con la finalidad de investigar la identidad de un ciudadano. La detención de perturbadores. La detención con finalidad de identificación y confiscación de pruebas mediante la existencia de los kontrollstelle. La detención efectuada en las redadas. La detención de sospechosos con la finalidad de efectuar registros. La detención realizada para efectuar una investigación corporal (control del índice de alcoholemia).

En el supuesto de detención con la finalidad de efectuar la identificación del sospechoso, no es necesario la presencia de indicios de criminalidad del detenido, tan sólo la sospecha de carácter subjetivo del funcionario que la practica. La no exigencia de presunción de criminalidad en el imputado, es una consecuencia directa de la reforma del StPO, debido al modelo establecido por la ley Antiterrorista de 14 de Abril de 1978, que ampliaba anticonstitucionalmente el ámbito de discrecionalidad policial (196) a los supuestos caracterizados por la ausencia objetiva de criminalidad, siendo posible la privación de libertad de un ciudadano que, sin ser sospechoso de haber realizado un acto punible, su detención contribuya al esclarecimiento del delito cometido (197). Durante el periodo de privación de libertad del sometido a identificación, que nunca podrá exceder de 12 horas (198), el detenido no tiene derecho, ni tan siquiera, a la comunicación con familiares, si con tal incomunicación se pusiera en peligro la finalidad de la investigación (199).

La detención de perturbadores, no es otra cosa, que la posibilidad otorgada a la policía de efectuar la detención durante 14 horas de todo aquel que perturbe de forma dolosa su actividad, o se oponga a sus

órdenes, por lo que de nuevo se infringe el precepto constitucional al permitir la privación de personas que no han efectuado ninguna acción de la que se desprendan indicios de criminalidad (200).

La detención realizada en puestos de control situados en las calles, previa orden judicial o del Ministerio fiscal, salvo cuando responde a las necesidades creadas por la comisión de un delito y exigen indicios objetivos de criminalidad en el detenido, representa un claro ataque al principio de seguridad personal, al permitirse la privación de libertad con la exclusiva finalidad de asegurar los medios de prueba (201). Como requisitos básicos para efectuar la detención en los controles de identificación, se exigen por las ordenanzas administrativas en general que: existan dudas sobre la autenticidad de los documentos presentados, y sobre todo, que, debido al número, armas o fuerza física de las personas sospechosas o la misma especialidad del lugar, tal control no pueda efectuarse en el mismo (202).

Otros de los métodos que frecuentemente se suelen utilizar en R.F. Alemania es la Razzia, es decir, la redada policial por motivos preventivos-policiales, y, aunque no aparece regulada expresamente en el StPO, sí está prevista por las ordenanzas administrativas y a través de otros preceptos del StPO, como el 112 o la vorläufigen Festnahme del 127 (203). Consiste en la detención de un gran número de personas con la finalidad de efectuar un examen de identificación de los mismos, configurándose como un paquete de medidas entre las que se encuentran la comprobación de identidad, la detención provisional, el registro de personas y cosas, la confiscación de las mismas y el servicio de identificación, aplicadas en base esencial-

mente a los principios de sospecha y peligrosidad. Por esta razón, las redadas se dirigen básicamente contra "perturbadores" y "sospechosos", dentro de los cuales se encuentran también, aquellos que, de una forma objetiva, presentan la apariencia de perturbador (Anscheinsturer), conculcando la necesidad de existencia de un grave e inminente peligro, y no simplemente de peligrosidad, para efectuar la privación de libertad (204). La infracción de los principios de proporcionalidad, y el consistente en que la detención del sospechoso obedezca a un estado de necesidad, al admitirse la intervención por simples sospechas, evidencia todo un razonamiento policial que obliga al ciudadano a soportar todas aquellas medidas que sean necesarias en la refutación del inicio de la sospecha (205), inconstitucional desde cualquier punto de vista (206).

Por otro lado, la detención efectuada con la finalidad de la realización de un registro personal puede afectar tanto al sospechoso como al que no lo es (207), lo que de nuevo supone un claro atentado al principio de inviolabilidad personal al favorecerse los intereses de la Administración en el ejercicio de una función pública, como es el desarrollo de una medida cautelar, en detrimento de la seguridad del ciudadano. Este tipo de medidas pueden efectuarse no sólo con ocasión de un registro domiciliario, sino también, como ya vimos, en los controles policiales realizados en las calles (208).

Finalmente, es necesario aludir a otro de los métodos que suelen utilizarse en la restricción de la libertad personal y que no es otro que la detención para llevar a cabo investigaciones corporales (209). En estos casos, el principio de proporcionalidad se ve

afectado en la medida en que un ciudadano puede ser detenido, no sólo cuando existan indicios de criminalidad, sino también por necesidades preventivas policiales, lo que normalmente supone la detención y posterior conducción del individuo a un hospital con la finalidad de extracción de sangre, medida que el ciudadano no puede rechazar en ningún caso, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de control del índice de alcoholemia (210).

b'') Italia.

La Constitución italiana establece como requisito imprescindible en la práctica de la restricción de la libertad, que la misma se realice mediante auto motivado de la autoridad judicial (211), salvo en los casos excepcionales de necesidad y urgencia indicados taxativamente por la ley, en los cuales la autoridad de seguridad pública ostenta el derecho de realizar detenciones preventivas, siempre que se comunique en el plazo de cuarenta y ocho horas la realización de la misma al juez (212). Lamentablemente, al amparo de "los casos excepcionales de necesidad y urgencia", se han establecido las razones de seguridad de Estado y Orden público menos urgentes y sin duda nada excepcionales, que posibilitan el desarrollo de toda una serie de medidas privativas de la libertad de ciudadano, que no responden al principio también constitucional de que la libertad de la persona es inviolable. De este modo, junto a los clásicos mandatos de la autoridad judicial que caracterizan a la detención judicial, como el de comparecencia (213), acompañamiento (214), arresto (215), y captura (216), aparecen las detenciones practicadas por la policía

judicial, que con carácter extraordinario (217) deben de responder a los siguientes presupuestos: 1º Arresto en flagrancia. Este tipo de privaciones de libertad obedecen a la obligación impuesta a los oficiales o agentes de la autoridad judicial, de arrestar al que se encuentre cometiendo un delito flagrante, siempre que dicho delito tenga señalada una pena superior a los tres años, y por tanto, responde plenamente a la exigencia constitucional de necesidad y urgencia en los supuestos en los que es la policía judicial la que sustituye temporalmente la función judicial (218). Ahora bien, no puede decirse lo mismo de los arrestos efectuados en virtud del artículo 2º de la ley nº 533 de 8 de Agosto de 1977, que permite la detención de todo ciudadano que sea descubierto en delito flagrante por utilización de casco o de otros medios protectores en manifestaciones legales (219), que amplía el poder policial hasta extremos inspeccionados, desde el instante en que se considera delictiva la acción de manifestarse lícitamente, si la vestimenta utilizada tiene la consideración de objeto protector, lo que impulsa a FERRAJOLI a afirmar que "bastaría con que un policía no considere justificado cualquier casco, capucha o incluso una barba creciente, para proceder al arresto. nadie podrá revocar el fundamento de su sospecha" (220).

2º. El arresto facultativo en flagrancia. Consiste en el derecho que ostentan los oficiales y los agentes de la policía judicial, de arrestar siempre que se den los siguientes supuestos: delitos flagrantes cuya pena no sea inferior a dos años, hechos cometidos por delincuentes habituales, profesionales, o que no tengan residencia en territorio del Estado. En esta clase de arrestos se abandona el principio de necesidad y urgencia de las detenciones, ya que se subordina la

inviolabilidad personal, mediante un exceso de discrecionalidad policial, en base a la cualidad moral del presunto "sospechoso" no delincuente, y no en orden a la objetiva relación de un delito, como correspondería a la ejecución práctica del principio de presunción de inocencia (221). La inconstitucionalidad de estos arrestos por infracción de los números segundo y tercero del artículo 13 de la Constitución, obliga a una necesaria e imprescindible modificación de los mismos que reduzcan la detención a los casos de delitos flagrantes y graves, lo que determinaría la exclusión de la facultad excesivamente discrecional de la policía, y por contra, un aumento de las que corresponden al juez o ministerio fiscal (222).

3º La detención por indicios de criminalidad, siempre que exista la sospecha objetiva de fuga. En estos supuestos, parece lógico que los agentes de la policía judicial detengan al ciudadano en el que concurren indicios de criminalidad de un delito con pena superior a seis años, siempre que lo entreguen a la autoridad judicial en un plazo nunca superior a las cuarenta y ocho horas (223). ya que en los mismos sí se cumple el mandato constitucional de necesidad y urgencia por la gravedad del hecho, y especialmente, por la sospecha de que el presunto autor no va a presentarse ante la autoridad judicial, mediante el empleo de cualquier otro medio alternativo a la detención.

4º La detención efectuada en base a la ley de 12 de Mayo de 1975 que posibilita, en casos excepcionales, a los agentes de la autoridad y a los de la policía judicial y de la fuerza pública a proceder a la detención, en el curso de operaciones de policía con la finalidad de identificar y obtener la eventual posesión de armas, explosivos u otros instrumentos semejantes, con la condición de entregar al

detenido al procurador a las cuarenta y ocho horas de la detención (224).

Con esta ley tiene origen en Italia el desarrollo de una ingente y perturbadora legislación de emergencia basada, no en la presunción de inocencia, sino, como dice PALAZZO, en la "lógica del sospechoso" (225), que transforma el ordenamiento "judicial" en un ordenamiento procesal policial, donde el imputado es un esclavo de la discrecionalidad policial. En este sentido, considero interesante la cita de GREGORI al considerar que "la doctrina ha tratado de ennoblecer el instituto de "las medidas de policía", cambiando tal nombre por el de medidas de prevención, pero no pueden disimular su naturaleza represiva. Su finalidad es sin duda la de golpear, castigar al sospechoso de los delitos cometidos o la mera intención de cometerlos. Estos comportamientos son de difícil individualización, ya que la intención no tiene materialidad, y el sospechoso no tiene una base objetiva" (226).

En definitiva, se crea un sistema donde la categoría del sospechoso evita la necesidad de los indicios objetivos de criminalidad, así como el decreto-ley se convierte en el medio más idóneo de la represión procesal penal. Este es el caso del arresto en virtud del decreto-ley 1978 nº 59, sobre normas penales y procesales para la prevención y represión de graves delitos, en el que los oficiales y los agentes de policía "pueden acompañar a las propias oficinas a cualquiera que rehuse declarar su propia identidad y trasladarlo y mantenerlo por el tiempo estrictamente necesario, al fin de la identificación, que nunca debe superar las 24 horas. Según BASSARI, ITALIA y TRAVERSO estas medidas "se aplican siempre que concurren los

suficientes indicios como para entender que la declaración de la persona requerida sobre su propia identidad o sobre los documentos de identidad exhibidos es falsa" (227).

Este decreto-ley se convierte posteriormente en la ley de 18 de Marzo de 1978, que institucionaliza la figura del "acompañamiento policial", carente de toda función cautelar, ya que en ninguno de los dos supuestos previstos puede el funcionario policial ejecutar la detención; en el primer caso, es decir, si un ciudadano rehusa declarar su identidad personal, se incurre en una contravención prevista en el artículo 651 c.p., mientras que si la falsedad recae en la declaración, el delito que se comete es el del art. 496, que tampoco posibilita la detención de la policía judicial, de lo que se deduce, que se intenta eludir la materialidad de un verdadero arresto ilegal mediante la invención de una nueva figura procesal que no tiene sustento legal alguno (228). La dulzura del término empleado, "acompañamiento", no oculta la realidad de una medida basada en la mera sospecha y discrecionalidad policial, como dice CORZO "contrasta con el artículo 13 de la Constitución, no tanto porque falta la convalidación o la necesidad y urgencia idónea para justificar la sustitución de la autoridad de policía a la autoridad judicial, sino, sobre todo, porque faltan los presupuestos para una restricción de la libertad personal por parte de la autoridad judicial y de la autoridad policial" (229). De este modo, se crea un instituto autónomo de detención caracterizado por su brevedad en el tiempo, mediante la formal "invitación" de la policía a comparecer en las oficinas policiales, simplemente por la falta de claridad en la declaración o en el carnet de identidad, que se trasvasa a la persona del sospechoso sin que exista ninguna posibilidad de controlar judicialmente dicha acción. En

opinión de TAORMINA, "la razón de fondo de la tentativa de hacer pasar el acompañamiento, por una hipótesis cuasi mecanicista de la idea de inseparabilidad de la función cautelar de las providencias provisorias de la policía en materia de libertad personal" (230).

Finalmente es interesante, pese a su derogación, exponer las facultades que en materia de detención ofrecía el artículo 6 del decreto-ley nº 625 de 1979, al permitir a los oficiales y agentes de la seguridad pública retener a ciudadanos que por su actitud, "se imponga la verificación de la subsistencia de comportamiento y actos que, aun no integrando los extremos del delito tentado, puedan estar encaminados a la comisión de delitos" (231). Es evidente, que la sanción de la intención supera ampliamente el marco legal y constitucional del artículo 13 de la Constitución, que exige en la realización de la detención la existencia de "necesidad y urgencia", elementos que no aparecen en este decreto, donde la seguridad "pública" condiciona y subordina el principio de taxatividad y de legalidad, al margen de configurar un marco discrecional de la Administración mediante el derecho de autor (232). Para BARATTA, "con base en la mera sospecha de comportamiento sospechoso, cualquiera puede ser privado de su libertad por noventa y seis horas, sin gozar de los derechos de garantía que se encuentran conexos con el estado de imputado. Desde este punto de vista, también es clarísima la violación del principio constitucional de la libertad personal, que sufre una ulterior lesión, tanto porque la previsión legal requiere una enumeración taxativa y precisa de las situaciones para intervenir legítimamente sobre la libertad personal, como por la equívoca indeterminación del texto en su conjunto, y por la naturaleza de muchos de los delitos que caen bajo el arresto, que son conductas de atentado,

comportamientos éstos no taxativos y asimilables a las tentativas, por lo que cualquier cosa permite una casi incondicionada libertad para su empleo" (233).

c'') Francia.

El principio de inviolabilidad personal, (234) representado básicamente por el hecho de que la privación de libertad debe realizarse mediante un mandato del juez de instrucción (235), y la entrega del detenido inmediata(236), está sometido a una serie de excepciones, representadas por aquellas detenciones que no exigen previo mandato judicial. Así, junto a la retención policial que prevé la privación de libertad por flagrancia de delito (237), coexisten en el ordenamiento francés otras medidas cautelares de dudosa constitucionalidad, por infracción del principio de presunción de inocencia, al fundamentar la restricción de la libertad en razones exclusivas de sospecha. Estos son los casos de la "Garde e vue" y del internamiento administrativo; La primera de estas figuras se introduce por vez primera en Francia a través del código de procedimiento penal (238) y obedece a la necesidad policial de realizar las diligencias preparatorias al margen del control judicial, lo que permite la detención de sospechosos con la finalidad de obtener la suficiente información, sin necesidad de que existan previamente claros indicios de criminalidad (239).

Los requisitos esenciales de la garde e vue son los siguientes: La detención no puede superar el plazo de las veinticuatro horas, salvo que lo autorice el procurador de la república, en cuyo caso dicho plazo aumenta otras

veinticuatro horas (240); Este tipo de detenciones únicamente pueden ser realizadas por los oficiales de la policía judicial y el procurador de la república, con exclusión de los agentes del mismo. Ahora bien, en relación al plazo es necesario precisar, que si la regla general lo fija en veinticuatro horas, este se suspende en los siguientes casos: cuando se atente contra la seguridad del Estado, entonces el plazo inicial de cuarenta y ocho horas se aumenta hasta alcanzar los diez días de privación de libertad (241); cuando la detención se realice en periodos de urgencia, el periodo inicial de cinco días se prolonga hasta los doce (242); cuando la detención se efectúe por materias relacionadas con el tráfico de estupefacientes, el plazo inicial de veinticuatro horas se amplía otras cuarenta y ocho horas más (243).

La excepcionalidad, una vez más, se convierte en la regla que contribuye, a través de la ampliación de los plazos de detención, a crear un amplio margen de impunidad policial en el que se realicen las investigaciones preliminares sin la presencia judicial y sin la mayoría de los derechos de la defensa (244). La ilegalidad de esta medida ha sido denunciada por un sector de la doctrina francesa, que la considera incompatible con el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre (245). Así, PRADEL, tras reconocer la diaria realización práctica de este tipo de restricciones de la libertad, mantiene que "la admisión de la garde, en la investigación preliminar choca con gran hostilidad, pues constituye un atentado a la libertad individual decidida por un policía y no un juez, con el principio de inviolabilidad... en consecuencia, un oficial de la policía judicial, que ante una persona sospechosa que rehuse acompañarlo a comisaría lo conduzca a la fuerza, será juzgado por abuso de autoridad" (246). Para evitar la

arbitrariedad que supone la ejecución de tales privaciones de libertad, se propugna un mayor control judicial (247), lo que resulta a todas luces insuficiente por el carácter de a posteriori con el que se efectúa, siendo necesario, en mi opinión, la derogación de todas aquellas medidas basadas en la peligrosidad del ciudadano que se detiene, o, lo que es incluso peor, en la presunta peligrosidad del mismo que lo convierte en sospechoso, y no en razones de presunta criminalidad.

Otras de las figuras contrarias al principio de presunción de inocencia es el internamiento administrativo, consistente en la privación de la libertad de un ciudadano en base a un sistema de reglamentaciones administrativas, por tiempo indeterminado y sin control judicial (248). De este modo, se puede efectuar, por parte de la policía administrativa, la detención de un ciudadano con la exclusiva finalidad de proceder a su identificación, aunque no haya cometido ninguna infracción, ni sea sospechoso de haberla cometido (149), siempre que no supere el plazo de diez horas al proceder a su identificación, si se deduce que puede existir alguna irregularidad (250).

La contrariedad de esta figura con los principios de presunción de inocencia, legalidad, taxatividad, más el excesivo poder otorgado a la Administración, contrario a la seguridad personal del ciudadano, determinan la inconstitucionalidad de la misma.

b ) Análisis del contenido del elemento ilegalidad en España.

En nuestro país, el contenido del elemento "ilegalidad" se conforma en base a la infracción de los casos, forma o garantías que configuran el marco de seguridad de toda práctica restrictiva de la libertad. Por esta razón, resulta del todo imprescindible en la determinación de su alcance, la concreción tanto de los supuestos en los que la detención es posible, como la forma y garantías que aseguran el respeto de los derechos esenciales del detenido.

a'') Supuestos de detención previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Básicamente, es en la ley de Enjuiciamiento criminal donde se recogen la mayoría de los supuestos que hacen factible la detención, sin olvidar la existencia de otros casos previstos fuera de la misma, cuyo contenido será analizado posteriormente. De este modo, según sea un particular (251), Autoridad judicial (252), o agente de la policía judicial, las facultades de detención serán distintas, pues mientras el particular ostenta el derecho de detención sólo en determinadas ocasiones y con carácter optativo, la autoridad judicial o el agente de la policía judicial, por el contrario, deben efectuar la detención siempre que el ordenamiento legal se lo imponga al darse las condiciones previstas (253).

Los diferentes casos en los que la LECr. permite el desarrollo de esta medida precauteladora, (254) se pueden resumir en los siguientes:

En los supuestos de delito flagrante (255); cuando se produzca la fuga del detenido o preso (256); en los casos de rebeldía (257); cuando el sujeto este procesado por un delito que tenga una sanción superior a la de prisión menor (258); cuando exista una presunción de que el imputado no acudirá a la convocatoria judicial (259); si existen motivos racionalmente suficientes para considerar que una persona aun no procesada ha intervenido en la comisión de un delito (260) y finalmente, en los supuestos en los que el autor de una falta carece de domicilio conocido o no diese fianza bastante (261).

Antes de proceder al análisis de los casos que presentan mayores dificultades de interpretación, es necesario realizar diversas precisiones; en primer lugar, que las hipótesis que facultan la detención en el artículo 490 pueden reducirse exclusivamente a dos: la detención en los casos de flagrante delito, y la efectuada en base a un mandato judicial, sin que, ninguno de los demás supuestos previstos en dicho artículo respondan a principios diferentes. De este modo, la policía judicial debe detener, en cumplimiento de lo ordenado en el aptdo. 1º del artículo 492 en relación al art. 490, sólo cuando el delito sea flagrante o existe previamente un mandato judicial, ya que en los supuestos de fuga previstos en los nº 3, 4, 5, y 6 del 490, o bien se produce un delito de quebrantamiento de condena en su estadio de flagrancia, o con posterioridad a su ejecución se dicta, por la autoridad judicial, una orden de detención, con lo que carece de sentido una relación de casos tan prolija como la expuesta, cuando en realidad bastaría con la previsión de las hipótesis basadas en la flagrancia o en el mandato judicial (262).

En segundo lugar, hay que denunciar la absurda

regulación que realiza el nº 1 del artículo 490, al prever los casos en los que se detiene a una persona que intenta cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, pues, o bien se trata de un acto preparatorio impune, o nos encontramos ante la comisión de un delito flagrante (263), dada la amplitud del concepto de flagrancia que ofrece el artículo 779 de la LECr (264), que permite considerar incluidos en el mismo este tipo de conductas, al formar parte de una de las fases de ejecución del delito.

Tras estas breves consideraciones, procedo al análisis de los supuestos de los nº 2º, 3º y 4º del artículo 492 y del artículo 495, que son los que, en mi opinión, pueden presentar una problemática mas interesante.

Así, el nº 2 del art. 492, permite la detención de todo ciudadano que estuviese procesado por un delito con pena superior a la de prisión menor, lo que carece en absoluto de sentido (265), no sólo por la falta de claridad ya aludida por algunos autores (266), sino sobre todo por la incoherente reiteración que supone la precisión de conductas ya reguladas por normas de la misma ley. Por sí solo, el hecho de estar procesado por un delito con pena superior a la de prisión menor, no debe, automáticamente, facultar a los agentes de la policía judicial a practicar la detención, puesto que pueden plantearse posibilidades diferentes: que el procesado goce de la libertad provisional, que esté en rebeldía o que exista una orden de detención contra él.

Si el procesado está en libertad provisional, su detención constituiría el delito de detención ilegal previsto en el 184, ya que se infringe la orden de una autoridad superior, en este caso la judicial, que dicta

precisamente la libertad provisional en la creencia de que el imputado va a estar presente en el momento en que sea requerido, lo que priva de sentido la detención policial, cuyo significado radica en el aseguramiento de principios tales, como el *fumus boins iuris*, o el *periculum in mora*, ya insertos en el mandato de libertad provisional.

Si el procesado está en rebeldía, su conducta ya había sido regulada por el aptdo 1º del artículo 492, en relación con el nº 7 del artículo 490, por lo que resultaría innecesaria, por reiterativa, la previsión que realiza el nº 2 del 492 y por el contrario, si el procesado no ostenta la libertad provisional ni se encuentra en rebeldía, no existe alguna otra posibilidad, que no sea la de detención por orden de la autoridad judicial, lo que significa que tal opción quedaría encuadrada en el artículo 494 (267), que prevé los supuestos de detención judicial sin que el nº 2 del 492 tenga ámbito de aplicación, quedando vacío de contenido.

La inoperancia de este apartado es incuestionable, ya que en ninguna de las situaciones anteriores es aplicable; en los supuestos de rebeldía y en los de orden judicial previa de detención, por existir una regulación más específica, mientras que en el del procesado que goza de la libertad provisional, su detención supondría, no sólo un ataque al principio de presunción de inocencia al privar de libertad a alguien sobre el que no recae ni tan siquiera indicios objetivos de criminalidad, sino que se infringe la orden de autoridad por parte de aquellos que están precisamente bajo su dependencia. Tan sólo tendría sentido hablar de la efectividad del mismo, siempre que recaiga sobre el procesado en libertad provisional la presunción de no comparecencia, que exige el nº 3 del 492 en relación con

el nº 2, ya que si el fundamento de esta detención es la presunción de que el sospechoso de ser autor del delito no va a cumplir los requisitos de comparecencia exigidos, y por consiguiente, no va a estar presente en el juicio, el funcionario está capacitado para la privación de libertad de aquellos sobre los que existen indicios objetivos suficientes como para que se sospeche que no van a acudir a la llamada judicial, por lo cual, tampoco tendría sentido la separación que legalmente se viene realizando entre el apartado nº 2 y el 3 del 492 de la LECr, en base a que la sanción del delito sea inferior a prisión menor, si de los antecedentes o las circunstancias del hecho, hicieran presumir que no comparecerá cuando fuese convocado por la autoridad judicial (268).

En definitiva, solo una suposición objetiva de que el imputado disfruta de una libertad sin permiso o que no cumplirá con los requisitos legales, permitiría a los agentes de la policía judicial la detención en virtud del nº 2 del 492, mediante el traslado de la presunción que realiza el nº 3 del mismo artículo, ya que si se permite la detención de un procesado por delito, con pena inferior a prisión menor, cuando existe la creencia de que no se va a presentar, es posible deducir, por simple coherencia interna entre ambos apartados, que tal detención es posible también en el supuesto de un procesado por un delito con pena superior a la de prisión menor, cuando sobre él recaiga la misma sospecha (269).

Sobre el alcance teórico del apartado nº 4 del 492, es posible formular dos hipótesis; una primera, consistente en que sólo es posible la detención del no procesado por un delito que tuviese señalada una pena inferior a prisión menor, y otra segunda, que plantea la posible detención

tambien de los que estuviesen procesados por un delito con pena superior a la anteriormente señalada. La primera de estas tesis responde al tenor literal de la redacción de este apartado, de modo que cuando se hace referencia "al que estuviere en el caso del numero anterior..." se está diciendo que es factible la detención del no procesado por un delito con pena inferior a prisión menor, sin que sea posible extender tal criterio a los demás delitos que tienen pena superior, al no estar previsto en el aptdo 3º.

La segunda tesis intenta ser coherente con la significación de la detención como medida cautelar en relación al principio del *fumus boni iuris* y por tanto, si se permite la privación de libertad del que presuntamente ha cometido un delito con pena inferior a prisión menor, cómo es posible descartar la detención del que ha cometido un delito sancionado más gravemente. Para evitar este absurdo planteamiento, es preciso entender que el apartado 4º es comprensivo, no sólo de la detención de los autores de unos delitos específicos, sino de todos en general, ya que, de lo contrario, se produciría la infracción de uno de los principios informadores de toda medida cautelar, como es el *fumus boi iuris*, al privarse de libertad, no al que presuntamente ha efectuado una conducta mas grave, sino precisamente al que comete un delito menos grave. Esta interpretación se consigue simplemente considerando que cuando se alude al "caso del numero anterior", no se hace referencia al no procesado por delito con pena inferior a prisión menor, sino al requisito de que de sus antecedentes, o de las circunstancias del hecho, se presumiera que no comparecerá cuando fuese convocada por la autoridad judicial (270).

En conclusión, tanto en el caso de detención de no

procesado por un presunto delito al que corresponda una pena superior a la de prisión menor, como en los supuestos donde la sanción es inferior, el funcionario que la ejecuta debe respetar tres requisitos esenciales: En primer lugar, que tenga motivos racionalmente bastantes para considerar y creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y "bastante" también para considerar que dicha persona participó en el mismo; en segundo lugar, que de los antecedentes o las circunstancias del hecho presumiese que no comparecerá cuando fuese llamado por la autoridad judicial; y finalmente, podrá practicar la detención siempre y cuando el ciudadano afectado por tal medida no pueda satisfacer la fianza que el funcionario le imponga. El cumplimiento de cualquiera de tales requisitos determinará la ilegalidad de la detención, por lo que es imprescindible el análisis de cada uno de ellos.

b'') Requisitos imprescindibles en la práctica de cualquier detención.

a''') Especial consideración del elemento valorativo "MOTIVOS RACIONALMENTE BASTANTES".

El aptdo. 4º del artículo 492 exige que la autoridad o agente de la policía judicial, al efectuar la detención del no procesado, tenga "motivos racionalmente bastantes" para considerar que ha participado en un hecho con las características de delito. La expresión, motivos racionalmente bastantes, ya aparecía en el artículo 491, al exigírsele al particular justificar al detenido haber

obrado en base a indicios racionalmente suficientes, y como requisito esencial para decretar la prisión preventiva en el artículo 503 aptdo 3º, lo que plantea la necesidad de dar respuesta a las siguientes cuestiones: Qué diferencias existen entre los indicios racionales de criminalidad (271), los motivos racionalmente bastantes (272) y los motivos bastantes de responsabilidad (273), es decir, entre la motivación necesaria en el auto de procesamiento, la detención y la orden de prisión preventiva, y en segundo lugar, si es o no necesario que tenga lugar la existencia real de delito para que pueda hablarse de datos objetivos, o basta simplemente el juicio de valor del funcionario que la practica, en orden a una escala exclusivamente subjetiva.

Al referirse la motivación a tres momentos procesales específicos, ello implica juicios sobre la responsabilidad también distintos, en base a la naturaleza diferente que existe entre el "imputado" y el "procesado", ya que si la condición de imputado se adquiere desde el instante en que se convierte en sospecho o de haber cometido un delito (274) y, por consiguiente, desde el momento en que sea citado o detenido, y no desde que reciba el auto de procesamiento, es evidente, cuando menos, que el juicio de valor realizado en el auto de procesamiento, es posterior al de la imputación, con lo cual, aún admitiendo que cualitativamente se requiere por parte de quien lo realiza los mismos datos objetivos, cuantitativamente la autoridad judicial necesitará comprobar la valoración efectuada por el funcionario, añadiendo nuevos elementos objetivos a los ya existentes, decidiendo, en definitiva, si aquella apreciación es o no correcta. Ahora bien, este criterio no justifica la adopción de una medida cautelar como la de prisión preventiva, al no ser necesario la

existencia previa de un auto de procesamiento respecto del imputado (275), lo que no conduce a la diferenciación entre los indicios necesarios en el auto de procesamiento y los motivos bastantes de la prisión preventiva, ya que al juicio inicial debe unirse una mayor seguridad por los datos objetivos obtenidos, que determine al juez a considerar la responsabilidad del sujeto en el delito cometido.

Nos encontraríamos, por consiguiente, ante diferencias exclusivamente cuantitativas, de modo que, tanto el funcionario al practicar la detención, como el juez al decretar la prisión preventiva o dictar un auto de procesamiento, deben hacerlo en base a "indicios" objetivos, que permitan concebir la existencia de un delito y la participación del imputado en el mismo, siendo la valoración idéntica, radicando la diferencia en el mayor grado de seguridad que otorga la suma de las aportaciones realizadas por los propios funcionarios policiales y las investigaciones preliminares, que condicionan, primero, el auto de procesamiento y, en segundo lugar, la prisión preventiva. Así, mientras que para la detención se exige la existencia de una "presunción" o "motivación" de que se ha cometido un delito, derivada de la existencia de elementos objetivos que contribuyen a la creación de tal concepción en el funcionario, en el auto de procesamiento y en la orden de prisión preventiva, la presunción obedece a razones de una mayor certeza por la evolución de la propia investigación, simplemente.

La presunción sería el juicio de valor realizado sobre un hecho objetivo, del que se desprende que una determinada acción presenta los caracteres de delito y la participación del sujeto en el mismo, mientras que el

indicio sería la base sobre la que se asienta la presunción (276). En conclusión, considero que entre los motivos y los indicios tan sólo existen diferencias cuantitativas, basadas en el mayor grado de certeza que debe adquirir el juez al decretar la prisión preventiva o al dictar el auto de procesamiento.

En este momento, es preciso concretar el contenido de los motivos bastantes y, por tanto, determinar si para su configuración es necesaria la existencia real de un delito, o basta simplemente con la creencia de que el mismo se ha producido al margen de su efectiva realización. En este sentido, la doctrina ha sido unánime al considerar que es suficiente con la existencia de evidencia de que se ha cometido un delito y por ello, de los datos objetivos suficientes como para pensar que el mismo tuvo lugar, aunque su apreciación fuese errónea (277), deduciéndose que, cuando menos, deben darse unas especiales características objetivas que hagan deducir racionalmente la existencia de un delito, sin que sea suficiente la representación subjetiva del funcionario (278).

En definitiva y para evitar la creación de un amplio margen de discrecionalidad policial, que vendría dado por el hecho de considerar legal la conducta del funcionario en los casos de error vencible, creo imprescindible reconducir la interpretación del apartado 4º del 492, exclusivamente a los supuestos de error invencible, lo que evidencia la incongruencia de regular expresamente, lo que en realidad son las reglas generales en materia de error. Cualquier otra interpretación de este apartado, favorecería la discrecionalidad policial y supondría un privilegio difícilmente justificable, al dejar impunes acciones del agente de la policía judicial

caracterizadas por la ignorancia o el descuido en la existencia de la norma o en su misma valoración.

Por su parte, la jurisprudencia, ha mantenido como criterio básico en esta materia, el principio de que la legitimidad de la detención acordada por la autoridad o agente de la policía judicial, no depende de la realidad jurídica, y menos judicial, de un delito, sino de los caracteres del hecho, de los que puede deducirse racionalmente la existencia del mismo (279). En base a ello se ha desechado la detención por simples sospechas, sin ninguna base objetiva (280), confirmando la legalidad de la detención realizada con arreglo a hechos concretos, que en los momentos de su comisión podrán presentar caracteres de delito (287). Frente a este criterio, otra línea jurisprudencial, ha aplicado el aptdo 4º del 492, en casos donde la apariencia de legalidad es muy escasa, pero el funcionario no actúa arbitrariamente; es decir, a pesar de la inexistencia de elemento objetivos, se considera que el delito no existe (282). De esta forma, se pretende extender la legalidad de la actuación del funcionario a los supuestos caracterizados por el error vencible de éste último, señalándose que para la aplicación del delito del 184 es necesario que la detención sea rigurosamente arbitraria... que la inexistencia del delito sea palpable y evidente..." (283).

En conclusión, el funcionario incurrirá en el delito de detención ilegal del 184, siempre que carezca de las bases objetivas suficientes como para pensar que un ciudadano ha cometido un delito, incumpliendo la simple creencia de obrar conforme a derecho, el requisito del aptdo 4º del 492 que exige, además de dicha creencia, un mínimo fundamento racional y objetivo (284).

b''') Presuncion de no comparecencia.

No basta, como dije anteriormente, con tener motivos racionalmente bastantes para efectuar la detención, sino que el funcionario debe además presumir que el aún no procesado no va a comparecer cuando fuese llamado por el juez, como se deduce del aptdo 3º del 492 (285). Dicha presunción se elabora mediante ciertos elementos descritos por la propia ley, alrededor de las circunstancias del hecho y de los antecedentes del ciudadano al que se detiene (286).

Este requisito, es congruente con la necesidad de toda medida cautelar de respetar el principio de fumes boni iuris, sin el que no tiene sentido alguno su aplicación, como lo sería el hecho de detener a una persona que se presume de modo racional que va a asistir a la convocatoria judicial, destruyéndose así la función de aseguramiento del imputado a la hora de dictar la posible medida cautelar de prisión preventiva (287).

c''') Fianza

Aunque existan motivos racionalmente bastantes de criminalidad y, el funcionario, en base a la existencia de datos objetivos, considere que el sujeto no se va a presentar ante la autoridad judicial, no es aún posible la detención, puesto que el funcionario está obligado a exigir en el acto una fianza bastante antes de proceder a la

práctica restrictiva de la libertad, lo que supone la previa información del derecho, sin la cual la detención sería ilegal. Sólo en el supuesto de que no hiciere efectivo su pago puede llevarse a efecto la detención, ya que representa la presunción racional de la no comparecencia ante el juez.

Los problemas que pueden suscitar la medida alternativa a la detención de la fianza, se pueden resumir en dos: la discrecionalidad del funcionario al imponerla y el hecho de que tenga que prestarse en el acto.

En primer lugar, hay que reseñar que aunque la ley nable de discrecionalidad, la fianza debe, en todo caso, ser proporcional al presunto delito cometido y a las posibilidades económicas del presunto autor del mismo, por analogía con los criterios que rigen la determinación y el alcance de la fianza en la libertad provisional del procesado (289), sin que en ningún caso pueda sobrepasar la cuantía de 300.000 pts. (290), cuando se trata de la presumible comisión de un delito. De lo contrario, si el funcionario exige una fianza muy superior a la gravedad del hecho cometido, estaríamos en presencia del delito del 184 del C.p.

En cuanto a que la prestación de la misma debe realizarse en el acto, no puede de ningún modo entenderse como exigencia de que se realice en el mismo instante de la petición, sino en el tiempo estrictamente necesario para que el ciudadano pueda hacerla efectiva. Si no se concede al particular la oportunidad de cumplir con tal obligación, de nada serviría la expresa regulación de una garantía frente a la posible detención, ya que el funcionario dispondría de un amplio margen de discrecionalidad para

exigir la prestación de fianza que el ciudadano no pueda cumplir y satisfacer en el momento anterior a la detención. Por ello, la legalidad de la detención va a depender, primero, de que existan motivos racionalmente bastantes, en segundo lugar, que también los haya de que tal sujeto no va a comparecer ante la convocatoria judicial y, finalmente, que haga efectiva la fianza impuesta, que debe ser proporcional de delito cometido; la falta de cualquiera de estos supuestos convierte la detención en ilegal.

C'') Detención por la comisión de faltas.

En relación a la posibilidad de detener por la comisión de simples faltas, la LECr parte de un principio general consistente en la prohibición inicial y générica de practicar la privación de libertad de aquellos que las cometen. Este principio general está sometido a diversas excepciones, representadas por el hecho de carecer de domicilio conocido y no dar la fianza exigida por el funcionario público (291). De ello se deduce que la legalidad de la detención en los supuestos de comisión de una falta, depende exclusivamente de la inexistencia de dos elementos: el no tener domicilio conocido y el no pagar la fianza que, en ningún caso, podrá superar las 30.000 pts. (292).

El funcionario, en los supuestos en los que el ciudadano de cualquier modo se identifique, tan sólo, y a pesar de la comisión de una falta, podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias bastantes

para la averiguación e identificación de la persona (293). Si tiene domicilio conocido, en ningún caso es posible la práctica de la detención, siendo la presentación del documento nacional de identidad - - D.N.I., la mejor, si bien no el único medio de demostración del domicilio (294). Ahora bien, en caso de carecer de carnet, se infringiría el artículo 571 del código penal (295), dando lugar a la comisión de una nueva falta que tampoco motiva la detención (296) si de cualquier otro modo es capaz de indicar su domicilio. Supongamos ahora que no sólo **no tiene** carnet, sino que tampoco es capaz de señalar un domicilio conocido; en este caso, el funcionario está capacitado para imponer una fianza, cuyo significado no responde, como en el supuesto del 492, a asegurar de algún modo la presencia del individuo en la convocatoria del juez competente, sino tener la mínima seguridad de que la declaración del presunto autor de la falta sobre al verosimilitud del domicilio es correcta (297).

La fianza, por tanto, en la detención por faltas del artículo 495, se justifica en tanto en cuanto otorga cierta credibilidad a lo expuesto por el presunto autor de la misma sobre su domicilio.

En consecuencia, la detención que no responda a los requisitos formulados, deviene directamente en ilegal, por lo que será aplicable el artículo 184 del c.p.

d'') Supuestos de detención en las L.O.P.

Junto a estos casos de detención previstos en la LECr, coexisten en nuestro ordenamiento otros, cuya legalidad es discutible, pero que posibilitan, al menos teóricamente, la restricción de la libertad personal. Me refiero a las detenciones que se establecen en el marco de la legislación de Orden público y en el de la Peligrosidad y Rehabilitación social.

La Ley de Orden Público ha venido regulando tradicionalmente tres clases de detención: la efectuada por cometer o intentar cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público (298), la basada en la desobediencia a las órdenes dadas directamente por la Autoridad o sus agentes, en relación con actos de orden público (299), y finalmente, la privación de libertad derivada de la responsabilidad penal subsidiaria, consecuente a no hacer efectiva la multa impuesta por razones de orden público (300). De los tres tipos de detención expuestos, el último, referente a la responsabilidad penal subsidiaria, fué derogado por el decreto de 25 de Enero de 1977, al establecerse que en ningún caso "procederá la exigencia de responsabilidad penal subsidiaria como consecuencia de los actos cometidos contra el orden público", lo que determinaba la imposibilidad de aplicar restricciones de la libertad del ciudadano, como consecuencia de infracciones de orden público.

A pesar de una afirmación legal tan concluyente, la doctrina ha venido discutiendo si en base a una de las disposiciones transitorias de este decreto, el mencionado principio estaría sometido a la excepción referente a las multas impuestas por actos contrarios al orden público, que causen daños a

establecimientos comerciales o de otro tipo y, en general, en todos los supuestos de coacciones contra las personas (301).

Respecto al análisis de los dos supuestos restantes, caben dos planteamientos diferentes; el primero (al que me uno), consiste en entender que cuando el artículo 12 de la Ley de Orden Público hace referencia a la detención por la realización de actos contrarios al orden público, o por el hecho de desobedecer las ordenes de los funcionarios relacionadas con actos de orden público, está limitando el ámbito de actuación gubernativa a la necesidad de que tales conductas ya se hallan reguladas en la LECr, bajo las formas de delito in flagranti del art. 492 en relación con el nº 2 del 490, y en el supuesto del nº 4 del 492, cuando no siendo in flagranti, existan motivos bastantes de criminalidad.

Un segundo planteamiento, se basaría en que la detención del artículo 12 abarque, no sólo los desórdenes públicos con carácter delictivo, sino también cualquier otra clase de desórdenes o desobediencias, con lo que se sostiene la detención por actos contrarios al orden público con independencia de la naturaleza delictiva o no del hecho cometido o tentado. Una tesis, semejante, no solo rompería el sistema de garantías procesales establecido en la LECr, que faculta el empleo de la medida precauteladora exclusivamente por razones de delito y tras efectuarse por parte del funcionario la comprobación de que se cumplían determinados requisitos objetivos, sino que, y al mismo tiempo, se infringe el artículo 25, apartado 3º, de la Constitución, que prohíbe a la Administración

imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad,

En efecto, la supresión de las garantías procesales basadas en la exigencia de criminalidad o en los indicios objetivos de la misma, es un hecho, si se faculta a la autoridad gubernativa o sus agentes para efectuar detenciones cuando concurren los actos a los que alude el artículo 2º de la citada Ley de Orden Público (303), mientras que la infracción del artículo 25, aptdo 3º, de la Constitución, deviene desde el instante mismo en que se facilita la restricción administrativa de la libertad, por más que exista la obligación de entregar el detenido a la autoridad judicial en el plazo de 72 horas. El rechazo de esta segunda tesis proviene, por tanto, no sólo de la ruptura con el sistema procesal-penal garantístico, sino por la infracción del principio según el cual la Administración no debe imponer sanciones que supongan la pérdida de libertad del ciudadano, lo que resultaría inevitablemente de las facultades otorgadas a miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la seguridad del Estado, no subordinados en tales supuestos a la Autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal y sin funciones de policía judicial.

No es de recibo la argumentación que pretende excluir la aplicación del art. 25 aptdo 3º de la Constitución a la ejecución de la detención como medida cautelar, en base a una interpretación del término "sanción" como equivalente a "pena", es decir, a la privación de libertad que resultaría de un determinado proceso, por lo que al no ser la medida precautelar de la detención una pena en el sentido del artículo 26 del

c.p., no estaría sometida al principio constitucional. Tal interpretación supondría una restricción del concepto "sanción", que limitaría las garantías del ciudadano, convirtiendo en formal el contenido de dicho apartado, cuya finalidad es la de prohibir las privaciones de libertad administrativas, sea cual sea el medio que se utilice en su restricción.

Este planteamiento no supone que en el caso de que la detención, obedezca a desórdenes públicos o desobediencias de carácter delictivo, se impida a los representantes de la Administración llevarlas a cabo. En este sentido, COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, al delimitar el alcance del art. 25 aptdo. 3º de la Constitución, han considerado que "respecto al ámbito de las medidas a que afecta la prohibición constitucional, habría que distinguir entre las sanciones propiamente dichas, directas o subsidiarias, de las medidas privativas de libertad que, aunque sean gubernativas, lo son por razón del delito. El art. 25, 3º no se refiere a estas últimas que, por otra parte, deben reunir las garantías contenidas en el artículo 17 de la Constitución" (304).

En resumen, una tesis que extienda la detención a cualquier clase de desórdenes públicos, incluso a los no constitutivos de delitos, aseguraría un amplio margen de discrecionalidad policial y, por ello, de indefensión ciudadana, ya que facilitaría prácticas restrictivas de la libertad por toda clase de motivos. Por esta razón, considero que sólo es posible la interpretación que reduce la detención administrativa a aquellos supuestos en los que, tanto los desórdenes como las desobediencias, están previstas en el c.p. con

carácter de delitos, y así sólo si los desórdenes pertenecen a los tipos penales 246 a 249 bis y las desobediencias al 237, sería legal la detención realizada, ya que, de lo contrario, el funcionario incurriría en el delito de detención ilegal.

Por lo tanto, sólo será posible la detención que se efectúa por conductas que en el momento de ser realizadas supongan, al mismo tiempo, un atentado al orden público y al ordenamiento penal, de modo que el funcionario únicamente podrá tomar nota del nombre y apellidos del ciudadano que realice alguna infracción de orden público en base al artículo 493 de la LECr, incurriendo en el delito del art. 184 del c.p. si se aplicase una medida diferente (355). De no aceptarse estas conclusiones, las diferencias cuantitativas entre el ilícito penal y el administrativo serían irrelevantes y, lo que es peor, significarían un nuevo privilegio favorable a la Administración, ya que si en la comisión de una falta el principio general es el de la imposibilidad de detener, salvo que el sujeto no tuviere domicilio conocido y no pagase fianza bastante, en la comisión de una infracción de orden público la regla sería precisamente la contraria, es decir, practicar la restricción de libertad en todo caso, con lo que las garantías del ciudadano en la infracción administrativa serían menores que las que le asisten cuando lleva a cabo una falta e incluso, en algunos casos, un delito (306).

e'') Supuestos de detención en la L.P.S.

Por lo que respecta a la legislación referente a Peligrosidad y Rehabilitación social, se prevén dos clases de detención; la judicial y la policial, que depende exclusivamente del funcionario que la realiza, caracterizándose ambas por recaer sobre personas declaradas en estado peligroso, como los vagos, los mendigos y los ebrios habituales, los toxicómanos (324).

La detención judicial de un presunto peligroso se halla prevista en el artículo 19 de la LPRS (308), con carácter discrecional y optativo, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que existan motivos suficientes como para considerar que el sujeto pertenece a la categoría de peligroso, b) que no pueda ser citado, c) que carezca de domicilio conocido y d) que no pague la fianza exigida. De tales requisitos, tan solo tienen carácter expreso los apartados b y c, ya que, mientras la fianza a la que se alude en el artículo 80 del Reglamento que desarrolla la LPRS pertenece al arbitrio judicial, el requisito consistente en tener motivos suficientes, se deduce de la exigencia de la peligrosidad necesaria para decretar el internamiento preventivo.

En relación al primero de los requisitos, su exigencia responde por analogía o la necesidad de los mismos -en la aplicación del internamiento preventivo, descrito en el apartado 2º del art. 19 de la citada Ley. De forma que si para efectuar la medida cautelar de internamiento preventivo se condiciona a la presencia de indicios de peligrosidad, no se puede practicar la detención sin que, por lo menos, se den motivos bastantes para pensar que el sujeto pertenece a la escala del

artículo 2º de la LPRS. Si se posibilitase la detención sin indicios, no se hablaría de discrecionalidad sino de arbitrariedad (309). Pero, no basta con la existencia de motivos bastantes, sino que es necesario que, o bien el sujeto no pueda ser citado, lo que como correctamente dice TERRADILLOS supondría que "prácticamente tampoco podría ser detenido, por lo cual este requisito es insostenible" (310), o que carezca de domicilio conocido (311), y no haga efectiva la fianza impuesta, que responde como se recordará a las coordenadas marcadas por el artículo 531 de la ley de Enjuicimiento criminal en relación a la libertad provisional (312).

De lo expuesto se deduce que cualquier detención de presuntos peligrosos que no respeten alguno de estos principios, sería ilegal.

En cuanto a la detención policial de personas sometidas a la categoría de peligrosos, el Reglamento de Peligrosidad y Rehabilitación social, faculta a la policía judicial a proceder a la detención de un presunto peligroso, cuando concurren en él circunstancias que pudieran determinar que el Juez adoptará alguna medida cautelar privativa de libertad (313).

En ambas clases de detenciones se vulnera, no sólo el sistema garantizador impuesto en la LECr, sino, esencialmente, el principio de seguridad jurídica, al ampliarse el campo de la aplicación de medidas restrictivas de la libertad a los estados de mendicidad, toxicomanía, etc... tratándose, como dice FAIREN GUILLEM, "de normas abiertas y por tanto d

peligrosa interpretación y aplicación, con las que se puede llegar fácilmente a la vulneración de los derechos constitucionales del ciudadano" (314).

Por otro lado, la policía judicial no puede practicar de ningún modo la detención de un presunto peligroso; en primer lugar, porque con ello infringiría el principio según el cual los derechos y libertades fundamentales deben desarrollarse, exclusivamente, a través de ley Orgánica, perteneciendo el precepto que lo autoriza a la categoría de reglamento y no de ley (315), y en segundo lugar, porque la propia ley de Enjuicimiento Criminal reduce la intervención de la policía judicial a los supuestos en donde se produce la comisión de un delito, o, excepcionalmente, una falta.

Ahora bien, al margen de estos argumentos, la ilegalidad de cualquier detención judicial o policial que tenga por motivo la realización de una conducta peligrosa o el pertenecer a una de las diferentes categorías de sujetos peligrosos previstas en la LPRS, se demuestra en base a exigencias constitucionales. Así, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional recientemente (316), las medidas de seguridad predelictuales son anticonstitucionales, por infringirse el principio de legalidad previsto en el artículo 25 de la Constitución, que exige la comisión de un delito, falta o infracción administrativa para poder aplicar una sanción, categoría a la que pertenece las medidas de seguridad, requisito que de ningún modo se cumple cuando se aplican tales sanciones, por el hecho de pertenecer a una de las esferas de peligrosidad.

Si esto es así, resultaría inadmisibles la aplicación y adopción de medidas cautelares, como la detención ante conductas no delictivas, pues ello supondría eliminar el carácter de instrumentalidad en relación a la prisión preventiva, que no podrá dictarse en ningún supuesto de peligrosidad predelictual. Además, es lógico pensar, que si es inviable la sanción medida de seguridad predelictual, menos aún podrá efectuarse la detención olvidando la naturaleza provisoria y subordinada de la misma en relación a la sanción posterior, que por cierto, nunca se dará.

Por el contrario, si alguna de las conductas peligrosas realizadas ostenta almismo tiempo naturaleza delictiva, como es el caso del tráfico de drogas o el favorecimiento a la prostitución (317), la medida cautelar restrictiva de libertad que estudiamos no se impone por y en relación a la peligrosidad de la acción, sino en virtud de las reglas generales del artículo 492 de la LECr aptdos. 1º y 4º, y por tanto, en base o bien a la presencia de un delito im flagranti, o la existencia de indicios racionales de criminalidad.

De no seguirse tal interpretación, resultaría un absurdo privilegio en favor de aquellos individuos sometidos a la LPRS, ya que la práctica de la detención de peligrosos contiene determinados requisitos legales de los que carece la detención por delitos y así, mientras que en la privación cautelar de la libertad únicamente se exige que se tengan motivos bastantes de criminalidad, en la detención de "peligrosos", que han cometido al mismo tiempo un delito, al requisito anterior se le añade el hecho de que no pueda ser citado, carezca de domicilio conocido o no pueda hacerse

efectiva la fianza. Siendo en definitiva, más difícil la detención de una persona que, al delito cometido, une la característica de sujeto peligroso, que la detención del que simple y presuntamente ha cometido un delito.

De todo lo expuesto se deduce, que es nula cualquier posibilidad de aplicar la detención prevista en la LPRS, ya que, o bien se trata de la detención por el hecho de ser peligrosa la conducta, sin que a ello se le una la existencia de un delito, con lo que estaríamos en presencia de una medida cuatelar con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una medida de seguridad predelictual, considerada ilegal por el Tribunal constitucional, o la conducta peligrosa, o del 19 de la LPRS, sino los principios generales del artículo 492 de la LECr. De este modo, la detención por peligrosidad es ilegal, no sólo por infringir el principio consistente en el derecho al enjuiciamiento a través de un proceso penal (detención judicial) (318), o la exigencia de ley orgánica en materia de derechos y libertades (detención policial), sino, sobre todo, por la infracción que representa del artículo 25 de la Constitución y del sistema de garantías procesales del 492 de la LECr. (319).

Por contra, es curioso constatar cómo en esta materia, tanto el artículo 5º aptdo e) del Convenio para la protección de los derechos humanos y fundamentales, que permite la detención y el internamiento "de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo", como las sentencias del Tribunal de Derecho Humanos, que

sobre esta materia existen (320), permiten un mayor ámbito de actuación estatal, al permitir la detención de personas consideradas como peligrosas, sin necesidad de que hayan efectuado ningún hecho del que se desprenda la posible realización de un delito.

En este sentido es preciso aclarar que, tanto el texto de la Convención, como la jurisprudencia del Tribunal de Derecho del Hombre, tienen eficacia como derecho interno en cuanto contribuyan a la ampliación de los derechos y garantías ciudadanas, y no, en cambio, cuando su utilización suponga una limitación de los mismos, pues como el artículo 60 del mismo Convenio establece "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales, que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que él sea parte".

f'') Prácticas ilegales de privación de libertad.

Tras la exposición de los supuestos generales (321), en los que la Autoridad y los agentes de la policía judicial están facultados para efectuar la detención, es preciso determinar la legalidad o no de algunas de las prácticas restrictivas de la libertad que con mayor frecuencia ejercen los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como son las retenciones, las redadas y los controles en general, entre los que destaca el de alcoholemia.

a''') Retención.

El aparato policial, a través de sus sindicatos, ha venido reivindicando (322) la configuración de un mecanismo jurídico que les permitiese detener a un ciudadano sobre el que no recaen motivos bastantes de criminalidad, ni la comisión de un delito in flagranti, basando la privación de libertad únicamente en la existencia de sospechas, es decir, en la concepción del funcionario elaboradas en ausencia de indicios y, por tanto, reducida a la intuición de que en virtud de su conducta, edad, apariencia física, etc., dicho ciudadano ha podido cometer una infracción. Tal clase de detención estaría sometida al límite temporal necesario que exija el desarrollo de las diligencias preliminares policiales de comprobación de identidad u otras semejantes, sin que en ningún caso pueda superar el plazo de las veinticuatro horas, durante el cual el sujeto carece de las garantías que los artículos 17 de la Constitución y 520 de la LECr, prevén para el detenido. Exigencia constitucional, que se elude mediante la ficción de considerar que en estos supuestos no estamos en presencia de casos de detención, sino de "retención", por lo que, al no estar el ciudadano detenido, sino retenido, no gozaría de los derechos y garantías legales.

A estas exigencias teóricas, se ha unido la práctica reiterada de privaciones de libertad, breves en el tiempo pero absolutamente faltas de respeto por

los derechos del detenido, desarrolladas en la impunidad que proporciona la co-stumbre del ejercicio de la discrecionalidad policial, que una figura como esta posibilita,

A la extensión de esta técnica ilegal de privación de libertad ha contribuido, también, el hecho de que determinadas leyes y algunas sentencias (323) utilizaren los términos retención y detención indistintamente, según la mayor o menor duración de la privación de la libertad. De esta forma, lo que en realidad era simplemente una disquisición formal, ya que la retención además de ser sinónimo del término detención, no es otra cosa que una de las formas en que la medida cautelar se presenta, se convirtió en uno de los argumentos utilizados en la fundamentación de la retención.

La invi—abilidad de esta figura se manifiesta en los dos ámbitos en los que se desarrolla; el penal y el procesal. En relación al significado y naturaleza penal de la retención, cabe afirmar que es uno de los modos mediante los que se exterioriza la detención y, por consiguiente, una forma más de privación de la libertad, el hecho de que sea momentánea o se prolongue en el tiempo tiene relevancia exclusivamente en el plano de la mayor o menor gravedad de la sanción a imponer y no en la calidad del tipo aplicable (324)

Es evidente, por tanto, que la retención está sometida a todos y cada uno de los requisitos de la detención, de modo que, aunque la privación de movimientos sea momentánea, el incumplimiento de los casos, formas o garantías para éste se prevén,

determinada su ilegalidad y la aplicación consiguiente del artículo 184 del c.p., a no ser que se opte por otras soluciones, como las del 194 o las del 496 del mismo texto legal (325). De esto se deduce que no existe realmente ninguna diferencia de tipo cualitativo entre la detención y la retención, careciendo pues, de valor, la división formal entre ambas, que no obedece, sino a la mayor o menor prolongación en el tiempo de la privación de libertad.

En el aspecto procesal, no existe "aún", y afortunadamente en nuestro país, fórmulas jurídicas que regulen el contenido que se pretende para la retención, como por el contrario ocurre, como ya vimos, en Alemania Federal, Italia o Francia (326), de forma que la privación de libertad cautelar sólo puede reconducirse a las vías de la detención o prisión preventiva, con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, sin que quepa alguna delimitación de la libertad diferente de las mismas, en cuya ejecución no exista la obligación de respetar el contenido del art. 520 de la LECr.

Por estos motivos, la reivindicación es, además de peligrosa, ilógica, ya que si lo que se pretende es un espacio temporal de total discrecionalidad donde poder efectuar, sin ningún tipo de interferencia, las diligencias preliminares, para lo que resulta imprescindible que el "retenido" carezca de todos los derechos que procesal y constitucionalmente se garantizan al detenido, ello supondría, no sólo interferir el ámbito de la investigación judicial, al actuar, no como policía judicial, sino a las órdenes de los superiores jerárquicos, sino también contrariar el

sistema garantizador impuesto por la constitución en cumplimiento del principio de seguridad que el ejercicio de la libertad del ciudadano exige. Si por el contrario, lo que se intenta conseguir es la confirmación de una sospecha, habría que distinguir entre las presunciones realizadas en base a datos objetivos y aquellas otras que obedecen a la simple intuición del funcionario; los primeros pertenecen al campo de los "motivos racionalmente bastantes" que el art. 492, aptdo 4º, de la LECr reconoce; siendo innecesaria la regulación de estos supuestos ya previstos mediante la creación de una nueva figura. Los segundos representan la ausencia de los elementos objetivos, lo que determina la ilegalidad de la detención por infracción de uno de los requisitos básicos en la detención: la presunción de inocencia.

Las dudas que surgen en el seno policial, quedan disipadas tras la aparición de la sentencia del Tribunal constitucional de 10 de Julio de 1986 (327), que considera como detención "cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente, la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona". Estos criterios, coinciden además con la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 6 de Noviembre de 1980 relativa al caso GUZZARDI, en la que se especificaba "que entre privación y restricción de la libertad, no hay mas que

una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia. De hecho, los supuestos de privación de libertad no se limitan a la detención clásica en prisión o del arresto de un militar. Existen hoy otras muchas formas de privación de libertad y la evolución de las normas jurídicas y de las ideas tienen a aumentar su variedad" (328).

En tales planteamientos se confirma: primero, que la retención como medio de privación de la libertad pertenece a la categoría de detención, y en segundo lugar, que las diferencias entre ambos son exclusivamente cuantitativas, por lo que le son aplicables todos los requisitos y garantías que exige el ejercicio de aquella medida cautelar, dando su incumplimiento lugar a la ilegalidad de la privación de la libertad y por tanto al tipo 184 del c.p.

En definitiva, la ilegalidad del método "retención" procede de la infracción del conjunto de garantías que todo detenido posee en base a la falacia consistente en distinguir la detención de la retención, por el plazo de privación de libertad, cuando en realidad la única distinción debe realizarse en el plano de la privación de libertad y, por tanto, en el hecho de que el ciudadano pueda elegir o no su situación en el espacio. Estaremos en presencia de la detención en el instante en que tal elección no sea posible por la actuación policial, siendo indiferente, a efectos de calificación, la duración de la privación de libertad.

Seguir una opción diferente, es decir, aceptar la necesidad procesal de la "retención" y por tanto la

inexistencia de control sobre las actuaciones policiales, no sólo supondría un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en el art. 17 de la Constitución y el 520 de la LECr (329), sino que significaría la definitiva consagración del Estado policial, donde la democracia pierde incluso el papel de "formal" (330).

b''') Redadas.

Una figura similar a la "retención" es la redada, que no es otra cosa que la detención de un gran número de personas sin que existan motivos bastantes de criminalidad, pero sí la presencia de sospechas basadas en el lugar, apariencia física, edad, etc., de que en determinadas zonas, calles, barrios, bares, se produce con frecuencia la comisión de algún delito.

El fundamento teórico de la redada es idéntico al de la retención, la privación de libertad no sometida al principio de la presunción de inocencia y por consiguiente, a las exigencias de los indicios racionales de criminalidad, con finalidad de comprobar, en cada caso, la existencia o no de responsabilidad criminal mediante la realización de las diligencias preliminares imprescindibles. La diferencia con aquella medida reside en que, en las redadas, el ciudadano goza, según la práctica policial, de las garantías de cualquier otro detenido. De este modo, la regla general se convierte en excepción, es decir, la detención se realiza precisamente para comprobar la existencia o no de indicios racionales de criminalidad en el detenido

(331).

Como la retención, carece de toda cobertura legal. Siéndole aplicable las reglas generales, que para la detención, se establecen en los arts. 492 y ss. de la LECr, cuya infracción determina la comisión del delito de detención ilegal del 184 del c.p. El carácter ilegal de su práctica, deviene de la infracción de dos principios esenciales del concepto de seguridad del ciudadano frente a las actuaciones de los agentes del Estado; El que consiste en que la detención responda al principio de presunción de inocencia, y por tanto, a "motivos bastantes de criminalidad" de que tal ciudadano ha participado en la comisión de un delito, y el basado en el principio de menor lesividad posible, es decir, en el hecho de que el detenido sea privado de libertad en la forma que menos perjudique a su persona, reputación y patrimonio. El primero de ellos se lesiona desde el instante en que la detención obedece, no a la presencia de elementos objetivos, de los que se desprende la criminalidad del detenido, sino en la presunción exclusivamente subjetiva, derivada esencialmente de una imagen externa. El segundo, por el contrario, se infringe cuando la práctica de estas detenciones masivas se caracteriza por el menosprecio a la dignidad del detenido (332), con la pretensión de conseguir más el respaldo popular, la creencia generalizada de la eficacia de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, que el desarrollo de finalidades preventivas, confirmándose de este modo las necesidades intimidatorias y ejemplarizantes que con tal figura se cumplen, cuando, en realidad, sería suficiente con una mayor y mejor información policial.

Por otro lado, este tipo de privaciones de libertad son completamente innecesarias (333), ya que, o bien no responden a la existencia de indicios objetivos de criminalidad, por lo que adquieren el carácter de ilegal, o por el contrario, obedecen a la realización de un delito in flagranti o a la coexistencia de motivos bastantes de criminalidad en lugares, edificios o zonas desconociéndose su exacta ubicación, como por ejemplo, ocurriría en el supuesto de la denuncia efectuada por un particular sobre la presunta comisión de un delito sin que se especifique el lugar exacto de la comisión del mismo, lo que obligaría a los funcionarios a realizar las privaciones de libertad que fueren necesarias en su averiguación. En tales detenciones la autoridad y los agentes de la misma, simplemente actúan en cumplimiento del aptdo. 4º del artículo 492 de la LECr, sin necesidad de recurrir a la creación de una nueva figura procesal que incumple el principio de presunción de inocencia, y cuya realización da lugar al delito de detención ilegal.

En conclusión, la "necesidad estatal" de intimidar a determinados sectores nunca subordina la libertad de los ciudadanos, ya que el interés general debe ser siempre la seguridad del ciudadano y no la del Estado, a través de tan irregulares métodos.

c''') Controles policiales. Especial consideración del control de alcoholemia.

Otro de los métodos que afectan al derecho a la libertad personal y en concreto a la libertad física de

movimiento, es el de los controles policiales, ya que, en la medida en que cumple una función preventiva, deberían de respetar los principios procesales, limitándose a intervenciones restrictivas, exclusivamente en los supuestos donde aparezcan indicios racionales y objetivos de criminalidad. Exigencia esta que se incumple en las detenciones indiscriminadas, practicadas en los controles públicos sin que exista la menor presunción delictiva, con la única finalidad de comprobar la identidad del detenido, lo que supone, sin duda, la comisión reiterada del delito de detención ilegal, pese a la tradicional impunidad en que se desenvuelven.

Un ejemplo, quizás el mas representativo de este tipo de controles, lo representa la denominada prueba de alcoholemia o metodos alcoho-lométricos, (334), definida por GIMENO SENDRA "como actos de investigación, que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o de una intervención corporal del imputado, permiten principalmente establecer el grado de alcohol ingerido" (335). Tal prueba de alcoholemia aparece reglada en la Orden de 29 de Julio de 1981 (336), y en ella se faculta a la Autoridad o a los agentes de esta, a solicitar del ciudadano detenido la realización del control, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos: que el usuario de la vía, sea o no conductor, esté implicado directamente e un accidente de tráfico, que el conductor sea denunciado por alguna de las infracciones del 289,1, del código de la circulación, siempre que presente síntomas de embriaguez o finalmente, cuando, aún sin darse las anteriores circunstancias, un ciudadano sea requerido

por la Autoridad o cualquiera de sus agentes (337).

Ante un tipo de solicitud semejante, el ciudadano puede adoptar, o bien la posición de aceptar la realización de tal prueba, o por el contrario, rechazarla. En caso de darse el primero de los supuestos, es decir, que aceptase llevar a cabo el control alcoholométrico, podrían darse a su vez los siguientes supuestos, según el resultado de la prueba: que el resultado sea negativo, que el grado de impregnación alcohólica sea superior al permitido, o que el resultado sea positivo. En cualquiera de estos supuestos es requisito imprescindible que tal persona sea informada de los derechos que le corresponden, en relación a la realización de una segunda prueba y un análisis clínico en un centro sanitario (338), ya que, de lo contrario, no podría hablarse de un procedimiento correcto, al estar viciado el consentimiento otorgado por el ciudadano afectado.

Si el resultado de la prueba es negativo, obviamente la conclusión única posible, es la continuación en libertad del ciudadano sometido al control. Si por el contrario, el resultado no es negativo, pueden darse dos diferentes soluciones que dependen del índice de alcoholemia alcanzado, y así, si el grado de impregnación alcohólica es superior al permitido, la Orden de 29 de Julio de 1981 posibilita la "retención" hasta que el funcionario estime que han pasado los efectos de la intoxicación alcohólica (339), mientras que si el resultado es positivo, siempre que haya ocurrido un accidente o el hecho pueda constituir delito, los agentes de la Autoridad podrán detener y conducir a la autoridad judicial a la persona en quien

concurra (340).

Considero innecesario volver a repetir lo ya expuesto al hacer referencia a la retención como uno de los modos en que se manifiesta la detención, y por tanto, lo superfluo de su regulación, ya que en realidad, la Orden que analizamos faculta a los funcionarios policiales en el ejercicio de dos clases de detenciones; una, caracterizada por la falta de indicios de criminalidad, y otra, donde existen motivos bastantes de criminalidad como para considerar que tal persona ha cometido un delito, en consonancia con el artículo 276 del código de la circulación. La detención practicada en ausencia de indicios racionales de criminalidad es, y hay que ser reiterativo en este tema, ilegal por infracción del principio de presunción de inocencia, pudiendo adoptarse como única medida posible en aquellos casos en los que el resultado no de positivo, no la privación de la libertad de movi-mientos, sino la inmovilización del vehículo hasta que el sujeto está en condiciones idoneas para conducir.

Si por el contrario, existen indicios racionales de criminalidad, la Autoridad o sus agentes actuarán en el ejercicio de las facultades que les otorga el nº 4 del artículo 492, sin que se infrinjan ninguna de las garantías legales, por lo que tan sólo en ese supuesto del artículo 7 de la Orden, podemos afirmar la legalidad de la detención.

Ahora bien, supongamos por un momento que el ciudadano rechaza la realización de la prueba de alcoholemia, cuáles son en estos casos las facultades

de los funcionarios policiales. Según el artículo 8 de la Orden analizada, sea cual sea el caso planteado y los motivos del rechazo, deben de conducir al detenido al juzgado ante la presencia de la autoridad judicial (341), con lo cual se está posibilitando la detención de todo el que se oponga a cumplir los trámites que exigen tales métodos alcoholométricos.

Considero que en el análisis de este apartado habría que distinguirse entre la conducta de rechazo de un ciudadano sobre el que no recae ningún indicio de criminalidad, y cuya elección ha sido aleatoria, y la de aquel otro sobre el que sí existen motivos suficientes como para considerar que el delito se ha cometido. En el primero de los supuestos, es preciso recordar como ni el artículo 127 del código civil (342), ni ninguno de los preceptos de la LECr., establecen la obligación procesal de prestar colaboración en pruebas de este tipo, a diferencia de lo que ocurre con el art. 172 del código civil en relación a las pruebas de filiación (343), por lo que carece de valor en nuestro ordenamiento la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 13 de Diciembre de 1979, que, siguiendo las coordenadas de la Decisión 8239/78 de 4 de Diciembre (344), dispone que "la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona, constituye una privación de libertad, incluso aun en el caso de que dicha privación sea de corta duración, pero necesaria para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley (345), al no existir ninguna norma con carácter de ley que imponga al ciudadano la obligación de someterse al control alcoholométrico (346).

En este sentido, como ha reconocido la circular 2/1986 de 14 de Febrero (347), aceptando el criterio del Tribunal Constitucional de 7 de Octubre de 1985 (348), se trataría de un acto voluntario, por lo que de ningún modo puede exigirse su prestación sin incurrir en las responsabilidades penales consecuentes con la comisión del delito de detención ilegal, ya que la negativa a la realización de tal control sólo da lugar a una sanción administrativa (349), y, por tanto, su infracción constituye un ilícito administrativo sin que la Administración esté autorizada, como vimos al analizar el artículo 25,3 de la Constitución, a imponer sanciones privativas de libertad, resultado al que se llegaría mediante la práctica obligatoria de la mencionada prueba.

Por este motivo, no cabe la menor duda de que la detención practicada en los supuestos previstos en el artículo 8 de la Orden, en relación a ciudadanos que se niegan simplemente a la realización de tal medida sin la menor existencia de indicios de criminalidad, es ilegal, a pesar de la errónea interpretación del concepto de detención que realiza la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de Octubre de 1985, al considerar que no se encuentra en la situación de detenido "quien conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado... Sólo en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención

del demandante, porqué sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el nº 1 del art. 340 bis, a del c.p. ..." (350).

La confusión procede de identificar el concepto de detención con la legalidad de la privación de libertad, de modo que sólo se podría hablar de detención en los supuestos donde la restricción de la libertad obedece a la existencia de indicios racionales de criminalidad que, en este caso, sería consecuencia del resultado positivo de la prueba realizada. Pero ello no es así, ya que existe privación de libertad desde el instante en que el sujeto no consiente la realización de dicha prueba, se den o no motivos bastantes de criminalidad. Por lo que no es necesario esperar al resultado del control realizado para afirmar el estado de detención al que se encuentra sometido el ciudadano, durante el cual es preceptivo que se le informe, no sólo de las garantías establecidas en el artículo 520 de la LECr, sino también de las previstas en el art. 4º de la Citada Orden, cuyo incumplimiento determina la ilegalidad de la detención practicada.

Por otro lado, si en el ciudadano que rechaza la práctica de la prueba se dan indicios objetivos de criminalidad, los agentes de la Autoridad podrán hacer uso de las facultades que les otorga el nº 4 del artículo 492 de la LECr en relación al artículo 8 de la Orden y proceder a la detención y posterior conducción ante la presencia judicial.

En conclusión, se puede afirmar que de los supuestos de detención previstos por la Orden de 29 de

Julio de 1981, tan sólo cumplen las formalidades legales, los relativos a la existencia de indicios racionales de criminalidad, mientras que, por el contrario, adolecen de inconstitucionalidad los casos en los que se impone la práctica de la prueba, se "retiene" al que alcanza un grado de impregnación alcohólica inferior al permitido, o se detiene al que, negándose al control, carece de motivos bastantes de criminalidad, como para pensar que ha participado en la comisión de algún delito.

g'') Supuestos especiales de detención por la cualidad del sujeto pasivo.

Tras la exposición de los supuestos de detención que pueden recaer, en general y de modo hipotético, sobre cualquier ciudadano, hay que analizar ahora los casos en los que la privación de libertad depende exclusivamente de las condiciones especiales en que se encuentra el sujeto pasivo. De este modo, la detención de un extranjero, un militar o un inimputable, contiene fueros especiales que la distinguen de las habituales reglas generales establecidas en la LECr, y que permiten, en unos casos, garantizar la libertad, y en otros, por el contrario, agudizar más, si cabe, la indefensión de determinados ciudadanos, quedando en evidencia el respeto por la seguridad como característica del Estado de Derecho.

a'') Supuesto de detención en relación al extranjero.

A estos últimos supuestos pertenece la detención del extranjero, sometida a unos requisitos especiales que condicionan el desarrollo de la libertad de movimientos de tal forma, que es difícil mantener en esta materia el principio de igualdad y que, indiscutiblemente, cuestiona al propio artículo 13 de la Constitución, según el cual los extranjeros gozan de las libertades públicas que garantizan el Título primero referente a los derechos y deberes fundamentales (351). Ello significaría que, teóricamente, el extranjero está sometido al mismo sistema de garantías que el artículo 17 de la Constitución establece para el nacional, ya que, como dispone El Tribunal Constitucional, "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos" (352), siendo este el caso que exponemos, puesto que "pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano", o dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10,1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español" (353).

La realidad es, como veremos, lamentablemente diferente (354), ya que no sólo se faculta la detención en los casos establecidos en la LECr, sino también en aquellos otros en los que simplemente se produce un ilícito de naturaleza distinta a la penal, al ampliarse las facultades de la Administración por la vía que establece el artículo 489 de la LECr (355), en cuyo desarrollo participan tanto la Ley de Extradición

Pasiva como la Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (356).

Antes de proceder al análisis de los distintos supuestos de detención preventiva que pueden darse en relación al extranjero, es preciso aclarar que en este apartado sólo se estudiará la posible infracción del contenido del derecho a la seguridad, puesto que el desarrollo de las formas y garantías de la detención pertenecen a un posterior epígrafe.

a"") Casos de detención preventiva en la ley de extradición pasiva 4/1985 de 21 de Marzo (357).

En dicha Ley se regulan dos supuestos de detención diferentes; La detención anterior a la solicitud de extradición, motivada exclusivamente por razones de urgencia, y la practicada tras recibir la solicitud de extradición (358).

La diferencia fundamental en relación a la Ley de extradición pasiva de 26 de Diciembre de 1958, se establecía en el marco de los plazos de detención preventiva, periodos en los que era nula la intevención judicial, pero en cuanto a la materia que analizamos, facultades de detención con la finalidad de extraditar a un extranjero, tanto la detención anterior a la solicitud de extradición como la privación de libertad consecuencia de esa, se caracterizan por la exigencia de los indicios necesarios como para considerar que tal persona, ha participado en la comisión de un delito de

los sancionados con una pena superior a la privación de libertad por un año. Así, si de los documentos aportados se deduce que la sanción es inferior al año, la detención que se practique en tales circunstancias será ilegal.

Además del obligado cumplimiento de este principio general, en la práctica de la detención deben de observarse los siguientes requisitos: Si la privación de libertad es anterior a la solicitud de extradición, debe obedecer a razones exclusivamente de urgencia y ser producto de una solicitud de extradición realizada a través de la vía diplomática, el Ministerio de Justicia o la INTERPOL (359); si por contra, la detención es posterior a la solicitud de extradición, son posibles dos supuestos diferentes: que la solicitud de extradición se realice por la vía diplomática, el Ministerio de Asuntos Exteriores es el que remite la solicitud de extradición al Ministerio de Justicia, y éste a su vez el que, siempre que el sujeto no se encuentre detenido, solicite del Ministerio del Interior la detención. Cuando sea el Ministerio de Justicia el que efectúe, el mismo determina si existen o no motivos de extradición y comunica al Ministerio del Interior la necesidad de la detención (362).

En uno y otro caso, considero imprescindible la entrega del detenido a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas, y con posterioridad la decisión de esta de poner en libertad o en prisión preventiva al mismo, siendo en este punto indiferente el que durante el plazo de prisión preventiva se cumplan o no los requisitos de recepción de la solicitud de extradición, en los supuestos de detención en ausencia de la misma.

Es posible afirmar que la nueva Ley de Extradición pasiva cumple, no sólo los requisitos establecidos en el artículo 16 del Convenio europeo de extradición de 13 de Diciembre de 1957 (363), sino también los impuestos por el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en su artículo 5,1 apartado f) (364), ya que el peligro que representa el hecho de que durante la primera fase de desarrollo de este procedimiento, sea exclusivamente administrativa y, por tanto, sea la autoridad administrativa y no la judicial la que decida la detención con la inseguridad que ello conlleva para las garantías del detenido, se limita mediante la exigencia de indicios objetivos suficientes como para considerar que se han cometido cierto tipo de delitos graves, cumpliendo de esta forma el requisito legal del nº del art. 492 de la LECr, y también mediante el control que, teóricamente, debe de ejercer el Juzgado Central de Instrucción no previsto en la ley de extradición anterior sobre esta clase de detenciones administrativa.

Otro tema será, si se respetan o no, las demás garantías constitucionales, tema que será analizado con posterioridad, lo importante ahora es sólo destacar que por lo que respecta al contenido de la detención, los supuestos regulados en la ley de extradición representan el ideal de la práctica de una medida cautelar, en base, no a la comisión de cualquier delito, sino exclusivamente en los que la sanción es superior al año.

b ''''') Casos de detención preventiva en la Ley de Derechos y libertades de los extranjeros en España 7/1985 de 1 de Julio.

Antes de la entrada en vigor de esta ley, la detención con finalidad de expulsar a un extranjero del país se regulaba en el Decreto de 14 de Febrero de 1974, cuya manifiesta ilegalidad se demostraba, no sólo por el hecho de que la privación de libertad obedeciera a causas tales como "conducta", "forma de vida" o "relaciones del extranjero" (365), donde era evidente la infracción del principio del hecho, sino porque las tres formas de ejecución de la detención se caracterizaban por la absoluta ausencia de aparato judicial, centrándose todas las facultades en el Director General de seguridad, que a su vez podía delegar en otros órganos administrativos; de este modo, se configuraba un marco donde la detención, prisión y expulsión eran decretadas por la Autoridad administrativa, sin participación judicial, vulnerándose tanto el artículo 17,2 como el 25,3 de la propia Constitución.

La demostración de lo anterior, se encuentra en la misma forma de ejecutar la detención, carente de cualquier control judicial, ya sea el propio extranjero el que personalmente, sin que intervengan las Fuerzas de seguridad del Estado, abandone el país una vez decretada la orden de expulsión, o sean los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la seguridad del Estado quienes detengan y acompañen al detenido a la frontera, o sea la misma autoridad administrativa que decretó la detención, quien determine la prisión y posterior

expulsión. (366).

Este ámbito de arbitrariedad que se otorgaba a la Administración, se amplió hasta extremos tales, que en la resolución de 29 de 1982 (367) sobre la problemática de las expulsiones, al interpretar el decreto consideraba, y siempre mediante una interpretación a sensu contrario, que la detención debía practicarse siempre que el extranjero, careciendo de antecedentes penales, presentase indicios de peligrosidad o presuntamente infrinja normas distintas a las consistentes en estar indocumentado, o bien cuando realice conductas como las de no poseer documentación, tener la estancia caducada, trabajar de modo clandestino, carecer de visado u otras circunstancias análogas y, al mismo tiempo, cuando carezcan de domicilio conocido, presenten indicios de peligrosidad o tuvieren antecedentes (368). De este modo, no sólo se practicaba un derecho penal de autor, sino que se conculcaba todo el sistema garantizador que la Constitución y la LECr imponían, lesionando el principio de igualdad del extranjero en determinados derechos fundamentales, lo que convertía en irremediable la necesidad de modificar tales planteamientos, elaborando una nueva ley que respondiese a los principios del Estado de Derecho.

En estas circunstancias, surge la nueva ley de 1 de Julio de 1985; en cuyo preámbulo se realiza la siguiente declaración de principios: "La ley, a lo largo de todo su articulado, destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de sus derechos y libertades, cuyo ejercicio quede prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos

españoles y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que ciertamente, sólo ceden ante exigencias de seguridad públicas claramente definidas" (369). Es pues el momento de comprobar si efectivamente se cumple el expresado deseo de, y sólo en relación a los casos de detención, equiparación entre los derechos del nacional y del extranjero.

En esta ley se distinguen dos supuestos de detención preventiva; la privación de libertad, que es consecuencia de la infracción de aquellos casos que dan lugar al desarrollo de un procedimiento sumario y la detención, que se fundamente en el incumplimiento de la orden de expulsión. En el primero de los supuestos, la ley faculta a los agentes de la autoridad, mediante la delegación de la autoridad gubernativa (370), a efectuar la detención preventiva de todo extranjero que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes: permanezca de forma ilegal en territorio español, "por no haber obtenido la prórroga de estancia o en su caso, el permiso de residencia cuando fuere exigible; estar implicado en actividades contrarias al orden público o seguridad interior o exterior del Estado o actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países"; o, en definitiva, "carezcan de medios lícitos de vida, ejerza la mendicidad o desarrolle actividades ilegales" (371).

La detención que se realice en cualquiera de los supuestos anteriores, salvo en aquellos casos donde existe una infracción delictiva en relación a desórdenes públicos, o alguno de los delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, conculcan el

artículo 25,3 de la Constitución (372), al permitir privaciones de libertad por razones de orden público y peligrosidad. De este modo, no sólo se incumple "el deseo" de equiparación entre nacionales y extranjeros, sino que, al posibilitar la práctica de detenciones por infracciones administrativas o presunta peligrosidad del extranjero, se están concediendo poderes elefantíacos a la Administración, que redundan en perjuicio de otro de los poderes estatales: el judicial.

Ante la comisión de esta clase de conductas, la autoridad gubernativa no puede, en ningún caso, salvo que se den las condiciones requeridas por el artículo 492,4 proceder a la detención, sino en todo caso, y siempre que no existan indicios objetivos de que el sujeto va a eludir la orden de expulsión, a señalar tras la sustanciación del expediente, el día y la hora fijada para su expulsión, de forma que durante la tramitación del expediente de expulsión, el sujeto debe permanecer en libertad, pues de lo contrario se infringe el 184 del C.P.

A pesar de tan grave infracción de una de las garantías del extranjero, la actual regulación del artículo 26 mejora bastante la redacción que de estos casos realizaba el proyecto de ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, de 28 de Enero de 1985, pues no sólo facultaba la detención en los supuestos anteriormente descritos, sino que admitía también la privación de libertad en aquellos casos donde el sujeto "desarrolla actividades o mantenía conductas consideradas socialmente como reprobables" (373). Esta expresión, en el actual texto ha sido

sustituida por la de "actividades ilegales", lo que debe significar un cambio cualitativo en la exigencia, no de comportamientos, sino de hechos que adopten la forma de delito y no simplemente un cambio formal que conllevaría el amparo, bajo el concepto de "ilegal", de conductas que sean socialmente reprobables.

El segundo supuesto de detención preventiva previsto en esta ley, es la que tiene lugar en los casos en los que exista incumplimiento de la orden de expulsión. Si, como hemos visto, la libertad del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión es una obligación que debe respetar la autoridad gubernativa, si no quiere incurrir en el delito de detención ilegal, no es menos cierto que cuando existan indicios racionales de que el sujeto va a incumplir la orden de expulsión o está incluso en alguno de los supuestos del artículo 492 nº 4, la aplicación de la medida cautelar parece recobrar todo su sentido, siendo legal, por tanto, la detención practicada y el posterior acompañamiento por parte de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado hasta la misma frontera (374).

Ahora bien, qué ocurre cuando no existen tales razones, y por tanto, no cabe la detención del extranjero durante la tramitación del expediente y, al mismo tiempo, no cumple la orden de expulsión sin una causa que lo justifique. Cual sería en este caso la base legal para practicar la privación de libertad; En mi opinión, es posible la detención en tales circunstancias, no por razones de tipo administrativo, sino por la existencia del delito de desobediencia, ya que ante la presencia concreta e individualizada de una

orden de expulsión, aunque sea de carácter administrativo, el sujeto manifiesta un acto de oposición reiterado (375), motivo por el cual está plenamente justificada la privación de libertad con la finalidad de expulsión. Pero el desarrollo de esta medida podría encontrarse con el obstáculo que supone que, en la detención por la existencia de indicios objetivos del delito de desobediencia, no cabe la inmediata expulsión, sino el cumplimiento de la sanción que le corresponda, como establece el artículo 21, 2º párrafo 1º de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros, algo que no ocurrirá, ya que la pena que correspondería al delito de desobediencia es la de arresto mayor y multa, y en tales casos aquella ley prevé que la expulsión sea una medida sustitutiva de la pena (376).

En definitiva, sólo en los supuestos en los que exista una reiterada oposición al cumplimiento de la orden de expulsión, sería posible la práctica de la detención con la exclusiva finalidad de proceder al desarrollo efectivo de una medida de expulsión (377).

Al margen de la materia que estamos analizando, el verdadero problema en relación a la expulsión de extranjeros, reside en las facultades extraordinarias concedidas a la Administración mediante los motivos que justifican la expulsión, que nos obliga, no sólo a cuestionar la legalidad de los mismos, sino la necesidad de tal figura (378).

De este modo, si la expulsión es consecuencia de la previa comisión de un delito, debería de adoptar en todos los casos la naturaleza de una pena

alternativa, cuya utilización depende exclusivamente del juez y no de determinada autoridad gubernativa, con lo cual estaría sometida a todo el conjunto de garantías que el procedimiento penal garantiza, aunque también perdería la rapidez de las diligencias administrativas, dejando exclusivamente al ámbito del procedimiento administrativo las infracciones que, no siendo delictivas, exijan una más rápida sustanciación.

b''') Supuestos de detención en la jurisdicción militar.

Otra de las excepciones al régimen general de privación cautelar de la libertad representado por la ley de Enjuiciamiento Criminal, es la detención en la Jurisdicción militar, caracterizada por un trato de privilegio respecto a los requisitos de la detención del militar profesional y la ausencia de garantías en el procedimiento que restringe la libertad de movimiento del sometido temporalmente al servicio de filas.

Por esta razón, sería conveniente distinguir entre los requisitos y garantías de la privación de libertad de un militar y aquellos otros derechos y obligaciones que le corresponden como sujeto activo de la detención, como el único medio para comprobar si la detención del militar como sujeto pasivo, reúne las mismas condiciones que la detención de cualquier otro ciudadano, o, por el contrario, posee características especiales que atenúan o agravan su exigencia, y al mismo tiempo, se revela como el modo de conocer cuales

son los principios que rigen en materia de privación de libertad de personas sometidas a la disciplina militar temporalmente, desde la perspectiva del militar como sujeto que la practica.

a''' ) Requisitos exigidos en la práctica de la detención de un militar.

En esta materia, el criterio se establece en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (379), al exigir que el militar "sólo puede ser detenido por sus jefes estando en servicio de armas, salvo que hubiese cometido un delito y estuviere fuera del alcance de los mismos" (380). Esto representa una excepción en relación a la general regulación de la detención, ya que la autoridad o el agente de la misma no puede privar de libertad al militar que, encontrándose desempeñando un servicio de armas, hubiese cometido una infracción, con la excepción mencionada de que tal infracción fuese un delito y no hubiese ningún superior en ese momento, lo que supone un privilegio inadmisibles, puesto que aumenta el margen de impunidad del militar que realiza algún delito durante el desarrollo de algún servicio de armas.

De este modo y a la vez, queda absolutamente excluida la posibilidad de detención en los casos en los que se produzca la comisión de una falta, ya que el artículo 173 de las Reales Ordenanzas lo prohíbe expresamente, vulnerando así el artículo 495 de la LECr.

En definitiva, el fuero especial que limita la

aplicación de la medida cautelar a un número de casos muy reducidos, favoreciendo de esa forma la impunidad de las infracciones desarrolladas durante la realización del servicio, no tiene ninguna razón de existir, por ser contraria al ejercicio de la función preventiva, consistente en la investigación de los delitos que corresponde a la policía judicial como instrumentos de la autoridad judicial o el ministerio Fiscal, debiendo, por consiguiente, desaparecer y adaptarse a las reglas que la LECr impone para los demás ciudadanos, evitando de ese modo ser contrario al principio de igualdad.

b''') Diversos casos de detención de personas sometidas a la jurisdicción militar.

Antes de exponer los diversos supuestos en los que se puede practicar la privación de libertad cuando el sujeto pasivo es un militar, es preciso razonar la especialidad a la que este tipo de medidas está sometido. Y en este sentido, en primer lugar hay que recordar cómo la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos ha reconocido que "la disciplina militar está comprendida en el marco del artículo 5,1 del Convenio..." y que "cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. Los límites que a los Estados les impone el artículo 5, no son idénticos para militares y civiles. De modo que una misma medida que aplicada a un civil significaría privación de libertad, no lo sería para un militar, lo que no significa que éstos no puedan sufrir

restricciones que infrinjan lo dispuesto en el artículo 5" (381). Por esta razón y a pesar de que también se intenta limitar la discrecionalidad militar mediante el juego del artículo C del Convenio, diferenciando, con la nitidez que es posible, el derecho disciplinario del penal (382), la legislación internacional no tiene validez alguna en esta parcela, ya que España, al ratificar el Convenio, se reservó la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que fueren incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas armadas.

A su vez, la Constitución, tras reconocer que la ley Orgánica que regula las bases de la organización militar se conformará a los principios constitucionales (383), faculta, mediante una interpretación a sensu contrario, que ha aceptado el Tribunal constitucional (384) del artículo 25,3, a la Administración militar a imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de la libertad, algo absolutamente prohibido a la Administración civil. Se configura un sistema cautelar, en base a la legislación siguiente: artículos 172 y 173 de las Reales ordenanzas,

Decreto de 11 de Julio de 1934 y artículos 10 y 59 de la ley Orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (385), que determinan la legalidad de la detención, que responda a tales presupuestos por designación constitucional.

De esta forma, se pueden establecer los siguientes supuestos de detención: 1º, cualquier militar puede efectuar la detención en presencia de un delito flagrante (386); 2º, En caso de delito no flagrante, pero sometido a la jurisdicción militar,

están autorizados tanto el juez instructor como las autoridades o jefes facultados para ordenar la formación de las actuaciones judiciales, así como la policía judicial (387); 3º, Si el delito se efectúa durante un servicio de armas o estrictamente militar, sólo pueden detener los superiores jerárquicos salvo que no estuvieren presentes, lo que permitiría la actuación de cualquier otro agente de la autoridad (388); 4º, Si el delito no pertenece a la esfera de la jurisdicción militar, tan sólo podrá disponer la detención la autoridad judicial en virtud del artículo 493, en relación al 492, ambos de la LECr., aunque su ejecución es competencia exclusiva de la autoridad militar (389), siempre que no se trate de un caso de flagrancia o urgencia, pues en tales supuestos, al no poder interesar a la autoridad militar, cualquier agente de la autoridad puede practicar la detención (390), con la excepción antes mencionada (391); 5º, en relación a la comisión de faltas, se pueden distinguir dos casos diferentes; uno primero, consistente en que el militar que la cometa vaya uniformado, en cuyo caso el agente no puede efectuar la detención, sino tan sólo podrá tomar nota del apellido, domicilio, etc., y demás requisitos establecidos en el art. 493 de la LECr., y un segundo, referente a la clase de tropa, supuesto éste en el que el agente está facultado para detener con la finalidad exclusiva de acompañarlo hasta la Guardia Principal, lugar en donde se le tomarán los datos necesarios, siempre que no existan garantías suficientes (392); 6º, La privación de libertad en el régimen militar no se limita, como en el ordenamiento civil, a los casos de delito o falta, sino que La Constitución autoriza también la detención como sanción

en base a la realización de ilícitos disciplinarios, que pueden alcanzar hasta los tres meses de privación de libertad en un establecimiento militar, por hechos que para el ordenamiento civil no son ilegales e incluso no logran la consideración de falta, como pueden ser "la infracción de las normas que regulan la uniformidad" (393), "las murmuraciones contra el servicio" (394), etc. (395). Con este sistema de sanciones disciplinarias, se crea un ámbito de discrecionalidad militar que, basado en el mantenimiento de la disciplina y la jerarquía, vulnera todo el sistema garantizador constitucional, amparándose en la naturaleza especial que la misma Constitución le reconoce. Estamos, pues, en presencia de un ordenamiento autónomo respecto de la Constitución, en lo que respecta a los derechos y garantías del detenido, donde la libertad y por tanto la seguridad, carecen del menor valor, al permitirse su privación por conductas que no infringen otra cosa que el régimen interior. El mantenimiento de la obediencia nunca debe suponer la limitación de un derecho fundamental como la libertad, y si tal detención se practica, será ilegal por infracción del principio de ponderación de intereses y del de legalidad (396).

c''' ) Supuestos de detención inimputables.

a'''' ) Detención de menores.

Pese a lo que pudiera imaginarse, la detención del menor se sigue rigiendo por los criterios que establece la ley de tribunales de menores de 1948

(397), lo que representa un agravio comparativo en relación a la detención de adultos, ya que no sólo es posible la aplicación de la medida cautelar con los fines propios de la LECr, sino también en aquellos casos en los que las circunstancias lo exijan con el fin de vigilar su educación (398), pese a lo cual se ha conseguido una aparente mejora tras la aparición de la ley de 13 de mayo de 1981, que derogó el artículo 156,2 del código civil que permitía, previo requerimiento paterno, la detención judicial por el plazo de un mes, reemplazando tal posibilidad por un ambiguo auxilio de la autoridad judicial todavía indefinible (399).

De hecho, la práctica de la medida cautelar a menores se rige por las reglas generales de la LECr y por el principio expuesto en la legislación sobre protección de menores, consistente en la prohibición de que se detenga al menor por una simple infracción de las ordenanzas municipales o de mera policía, lo que evidencia el desfase de tal legislación respecto de la Constitución, que ya en su artículo 25,3, convierte en imposible tal detención (400). Por otra parte y en materia de la comisión de un delito, la única diferencia radica en que el menor no podrá, bajo ningún concepto, ingresar en prisión (401).

En definitiva, en cuanto a las características generales de la detención, no se aprecian diferencias sustanciales entre la detención de un menor y la de cualquier otro ciudadano, a pesar de que, en opinión de RODRIGUEZ DEVESA, "se advierte una falta de coordinación entre la legislación tutelar y el resto del ordenamiento jurídico. No hay concordancia entre la LECr y la ley del Tribunal Tutelar de Menores y, aun

peor, existen lagunas en lo que se refiere a la detención preventiva" (402), por el contrario, considero imprescindible la reducción de la aplicación de la detención en los supuestos en que sea un menor el que cometa la infracción, sólo a los supuestos en los que existan indicios racionales de que el mismo no acudirá a la citación judicial, puesto que solo así adquiere sentido la medida cautelar en relación a las posteriores medidas que pueda adoptar el Tribunal.

En esta línea de limitar la detención en el caso de los menores, se han producido básicamente dos propuestas; la primera, ha sido realizada por el grupo parlamentario Socialista de Catalunya (403), que consiste esencialmente en que cuando se haya de efectuar la detención de un menor, por exigencia de la LECr, se podrá sustituir la medida cautelar por presentaciones diarias ante los comisarios de su residencia o Comandancias de la Guardia civil, salvo en los casos en los que sea un delincuente habitual o haya cometido presuntamente un delito sancionado con pena superior a los seis años.

En segundo lugar y de gran importancia, es la propuesta realizada en el anteproyecto provisional de la Ley penal de menores (404), basada en los siguientes puntos: 1º, Cuando se efectúe la detención de un menor entre los 13 y 16 años, se debe en primer lugar dejar al cargo de sus padres, guardadores u otros familiares y si ello no fuere posible, en un centro especial (405). 2º, Los menores de 13 años deben ser puestos inmediatamente a disposición judicial (406) y 3º, en todo caso, será detenido en locales distintos de los de adultos (407).

De las dos propuestas, considero más interesante la primera de ellas, ya que me ratifico en lo expuesto con anterioridad, al exigir que en supuestos donde sea un menor el autor de la infracción, la medida cautelar sólo debe aplicarse cuando de las circunstancias del caso, gravedad del hecho, o características personales del autor, se considere de forma objetiva que el menor no comparecerá a la convocatoria judicial y, en todo caso, la ejecución de la detención se realizará en un lugar distinto al que habitualmente se designa para cualquier adulto.

b''') Detención de enajenados.

La posibilidad de la detención exclusivamente administrativa del enajenado, fué suprimida tras la reforma del código civil a través de la ley de 24 de Octubre de 1983, rigiéndose en la actualidad este tipo de detenciones por el artículo 211 del Código civil (408), según el cual "el internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta antes al juez y en todo caso en el plazo de 24 horas".

De esta regulación, se deduce que sólo la necesidad impuesta por la urgencia del caso, faculta a los agentes de la autoridad a efectuar la detención, siempre que el término "urgencia" se interprete en virtud de la comisión de un delito flagrante, o en base

a la existencia de indicios racionales de criminalidad, pues, en cualquier otro supuesto, debe ser el juez quien determine la detención y el internamiento, siendo ilegal cualquier detención no judicial practicada en supuestos donde no existan tales indicios.

Ahora bien, así como la exigencia de tales requisitos mínimos respeta el contenido del artículo 25,3, de la Constitución, para que la detención judicial del enajenado sea conforme a derecho, es preciso que, en base a los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Derechos del Hombre que desarrollan el artículo 5,1 e) del Convenio (409), se cumplan las siguientes condiciones: "que la enajenación mental se establezca probablemente, que la enajenación revista una amplitud y un carácter lo suficientemente grande como para justificar el internamiento, y que dicho internamiento sólo se prolongue si continúa la enajenación" (410). Con ello se confirma la necesidad de que antes de decretar la detención de un enajenado, la autoridad judicial debe poseer los indicios objetivos suficientes mediante un informe médico previo, como para considerar que tal sujeto, presunto autor de un delito, se encuentra en estado de enajenación, lo que no implica que, en determinadas ocasiones, la función cautelar de evitar la comisión de un delito o la gravedad del hecho realizado, exija al juez o policía judicial practicar la detención en ausencia de la objetividad que proporciona el examen médico previo, en base al nº 4 del artículo 492 de la LECr., tras la cual es imprescindible la realización inmediata de un peritaje médico, que será el que, en definitiva, determine la coherencia del internamiento (411) y por tanto la legalidad o ilegalidad de la

detención.

d''') Otros supuestos de detención.

a''''') Detención de personas con enfermedades infecto-contagiosas.

La ley 25 de Noviembre de 1944 y el decreto de 26 de Julio de 1945, facultan la detención administrativa (412) al conceder a los Delegados provinciales de Sanidad el poder de proceder al aislamiento de los enfermos infecto-contagiosos indefinidamente (413), en contra de los postulados constitucionales establecidos en el artículo 25,3 y en el artículo 5,1,e) del Convenio, razón por la que deben considerarse derogados, e ilegal la práctica de este tipo de medidas ante la ausencia de participación judicial.

Frente a esta regulación, GIMENO SENDRA propone "la creación de un expediente de jurisdicción voluntaria, con posibilidad de contradicción por parte del interesado, en el que aquella resolución de privación de libertad sea residenciada en el juez civil" (414). Solución que tampoco me parece aceptable, ya que el juez debe, en esta materia, jugar un papel secundario y subordinado -aunque decisorio- al informe médico que se realice, que será en definitiva el que determine la necesidad del aislamiento por el peligro de contagio que en realidad exista. De este modo, la decisión médica sobre la innecesariedad de adopción de una medida semejante, no puede ser contrariada por una

decisión judicial, mientras que, al contrario, un informe médico favorable a la privación de libertad, debe ser ratificado por la autoridad judicial y en caso contrario, la detención sería ilegal (415).

El otorgar a la Administración la posibilidad de decidir el cuando y el cómo del aislamiento, puede favorecer el desarrollo de medidas que contribuyan aun más al proceso de progresiva marginación al que se ven sometidos ciertos sectores sociales. De este modo, no sería extraño el que, en un futuro próximo, ante el peligro que representan ciertas enfermedades neocapitalistas, a los controles, ya aceptados por algún país, sobre entradas y salidas de extranjeros pertenecientes a naciones "de alto riesgo", obligatoriedad del sometimiento a la realización de investigaciones corporales, etc., se añadiese el aislamiento mediante la creación de ghettos donde se recluyesen a los portadores del mal, que curiosamente coinciden con la imagen del enemigo interno.

b''') El arresto del quebrado.

Por tratarse de una detención judicial, es interesante reseñar simplemente la existencia de una privación de libertad consistente en el arresto del quebrado.

Este tipo de privación de libertad se halla regulada en los artículos 1333 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en el 1044 del Código de comercio, donde se prevé que "el Juez, al dictar el auto de declaración de quiebra, hará el nombramiento de

comisario de la misma, el cual recaerá en un comerciante matriculado, y acordará además lo que previene el artículo 1044 del código de comercio..." "el cual, a tales efectos dispone que "en el acto de hacerse por el juez la declaración de quiebra se proveerán las disposiciones siguientes... 2) el arresto del quebrado en su casa, si diera en el acto fianza de carcel segura; y en defecto de darla en la carcel". En definitiva, se faculta al juez civil la detención del quebrado, figura que ha sido definida por GARRETA SOLE como "medida cautelar con vinculación interjurisdiccional, que actúa de modo de prisión preventiva de la ulterior persecución del delito de quiebra" (416).

De un primer análisis se deduce que el arresto del quebrado se produce de forma automática, siempre que se realice la declaración de la quiebra variando el lugar del cumplimiento de tal sanción según se satisfaga o no la fianza correspondiente; la privación de libertad se realiza al margen de la existencia de indicios racionales de criminalidad, ya que si los hubiese serían innecesarias las previsiones legales de los artículos 1333 y 1044, al entrar en juego las reglas generales de la LECr y en concreto, el nº 4 del artículo 492. La finalidad de esta medida, no es otra que la protección de los intereses de los acreedores mediante la obstrucción a cualquier acto de disposición patrimonial por parte del quebrado, así como evitar la fuga del mismo adquiriendo funciones de medida cautelar o, mejor, de medida precautelar. En conclusión, se trata de una medida contraria al principio de presunción de inocencia, pues se parte de la presunción de culpabilidad del quebrado sin que

existan motivos bastantes como para considerar aún, que el mismo ha efectuado una insolvencia punible, violando de este modo el art. 17,1 de la Constitución, que sólo permite la detención por la comisión presunta de delito o falta.

Por otra parte, las medidas cautelares tienen la misión de asegurar la presencia del inculpado en el momento del juicio, siendo por tanto imprescindibles las características de instrumentalidad, periculum in mora y fumus boni iuris, requisitos que no se cumplen en el arresto del quebrado que, en todo caso, adquiere funciones de medida precautelar, eso sí, sin la base de que parte cualquier medida de este tipo; la presunción de inocencia que exige motivos objetivos de criminalidad.

Ante esta situación se presenta la cuestión de inconstitucionalidad nº 274/1983, por supuesta inconstitucionalidad del art. 1335 de la Ley de Enjuiciamiento civil, resolviéndose que "La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demandase y por el tiempo indispensable, como se explica en el fundamento siguiente, es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esta limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido, el arresto carcelario es incompatible con el art. 17 de la Constitución, pero no lo es la restricción de la libertad que supone el arresto del quebrado en su

propio domicilio, por el tiempo imprescindible para asegurar la finalidad del proceso de quiebra" (417). Las consideraciones del Tribunal Constitucional tampoco creo que sean aceptables, ya que se limitan a la admisión del arresto del quebrado como arresto domiciliario, según la discrecionalidad judicial y por el tiempo que exija el desarrollo del artículo 1340 de la LEC. Por el contrario, considero que las únicas medidas que pueden adoptarse contra el quebrado sobre el que aún no recaen indicios de criminalidad de insolvencia punible, son las consistentes en la ocupación de sus bienes con el fin de asegurar los intereses de los acreedores, y bajo ningún concepto la restricción de la libertad como medida precauteladora en función de una hipotética prisión preventiva posterior. Sólo es posible la detención del quebrado sobre el que recaigan indicios objetivos de insolvencia, punible en base a las reglas que el nº 4 del art. 492 impone (418).

En resumen, puede afirmarse que el arresto sin indicios objetivos de la criminalidad del quebrado es contrario al principio de presunción de inocencia, incumple los requisitos de las medidas cautelares personales y viola el artículo 17,1 de la Constitución, por lo que cualquier detención que se realice en virtud de los preceptos mencionados de la Ley de Enjuiciamiento civil, constituye el delito de detención ilegal del 184 de C.P.

h") Las garantías del detenido como elemento integrador del contenido de la ilegalidad.

a''') Consideraciones preliminares.

El contenido del elemento "ilegalmente", no solo se constituye en base a los supuestos de detención, sino que abarca además la forma de practicar la restricción de la libertad y las garantías del ciudadano ante la detención. Por consiguiente, cualquier infracción de alguna de estas últimas, representa la comisión del delito del 184 del C.P. (419).

El sistema de garantías del ciudadano ante la privación de libertad practicada por funcionarios públicos, se regula en el artículo 17 de la Constitución, reduciéndose a la protección de cuatro derechos básicos: el derecho a un determinado plazo de detención; la información inmediata al detenido de las razones de su detención; la asistencia letrada y el derecho a instar en cualquier momento de la detención el procedimiento de Habeas Corpus (420). Posteriormente, tales garantías han sido desarrolladas por la ley 14/1983 de 12 de Diciembre, que modificó los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y por la ley 6/1984 de 24 de Mayo sobre procedimiento de habeas corpus, configurándose el siguiente modelo garantizador de la seguridad del ciudadano ante las actuaciones estatales: derecho a la limitación en el plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial; derecho a la información inmediata

de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, entre los que se encuentran el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a designar abogado, a que se ponga la detención en conocimiento del familiar, el derecho a ser reconocido por un medico forense, el derecho a la asistencia del abogado, a la comunicación, a instar el procedimiento de habeas corpus, a que se identifique el funcionario en el momento de la detención, a escribir a los funcionarios del orden judicial y el derecho a una reparación por la práctica de una detención ilegal (421).

El orden establecido en su análisis, no es otro que el que corresponde a la fase procesal en que la detención se desarrolla (422). Así, en el preciso instante en que tiene lugar la privación de libertad, el ciudadano debe ser informado de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, apreciándose la ausencia entre ellos de algunas de las garantías esenciales del detenido, como son la referente al plazo de detención y el derecho de todo detenido a instar el procedimiento de habeas corpus (423). El problema radica, no en el desconocimiento de la existencia de tales derechos, que se encuentran en el mismo artículo 520 aptdo 1º, 2º, o en la ley de Habeas Corpus, respectivamente, sino en el carácter especial que se les concede, que provoca la subsiguiente desaparición en el catalogo de garantías del aptdo. 2º del 520 de la LECr, favoreciéndose de este modo la tesis de que el funcionario no tenga la obligación de informar de tales derechos al detenido.

En base a lo expuesto, los derechos del

detenido durante la privación de libertad serán analizados en el siguiente orden: en primer lugar, el derecho de todo detenido o preso a ser informado, "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" (424), entre los que se encuentran: el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a designar abogado o el derecho consistente en comunicar a la familia o persona que se desee el hecho de la detención (425). En segundo lugar, será objeto de estudio el tema de la asistencia letrada al detenido; en tercer lugar, se analizarán las garantías del detenido, sometido a incomunicación, para finalizar con el plazo máximo de entrega del detenido a la autoridad judicial y el procedimiento de Habeas corpus.

b'') El derecho a ser informado.

El derecho de todo detenido a ser informado inmediatamente de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, aparecen previstos en los artículos 17,3 de la Constitución (426), 5,2 del Convenio de Derechos Humanos y libertades fundamentales (427), del Pacto Internacional de derechos cívicos y políticos (428) y en el 520 de la LECr (429). El primer inconveniente que presenta el ejercicio de esta garantía, radica en que el deber de informar recae sobre el propio funcionario que detiene, lo que implica la necesidad, por parte de éste, de un conocimiento exhaustivo de toda legislación relacionada con la restricción de la libertad, algo que aún es realmente

utópico. El informar del derecho que se ostenta no supone una mera descripción literal del articulado correspondiente, sino una precisa explicación de los rasgos fundamentales de las garantías reconocidas, para lo cual es imprescindible que, previamente, se desarrolle un proceso de especialización policial en dos niveles: el que representa el reconocimiento efectivo de unidades de la policía judicial y el consistente en la reforma del actual sistema de formación de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, donde el conocimiento de la legislación procesal-penal relativa a los derechos y libertades del ciudadano sea un objetivo preferente a la propia capacidad física del funcionario policial (430).

Pero no basta sólo con la explicación de los derechos que le corresponden, es necesario que tal explicación sea comprensible, lo que supone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional que, además de los extranjeros, cualquier español que no entienda el castellano tiene derecho a un intérprete ante la policía (431), en primer lugar y en segundo, que cada una de las garantías debe ser expuesta de modo que sea entendida por el detenido.

Además de los anteriores requisitos, la práctica de la detención debe acompañarse de una motivación del funcionario, tanto de las razones que tuvo para efectuar la privación de libertad como de los hechos que se le imputan. La lógica de esta exigencia radica en el derecho del detenido a presentar un recurso en los supuestos en los que considere que la detención es ilegal, hecho que se desprende de la justificación que realice el mismo funcionario, basada

en todo caso en la presunta comisión de un delito, y, lo que es más importante, en la existencia de motivos bastantes como para considerar que tal sujeto tuvo una participación directa en él. La ausencia de cualquiera de estas razones permite al detenido instar el procedimiento de Habeas Corpus (432).

Tras la exposición de los motivos de la detención, en la forma que ha quedado descrita, el funcionario debe proceder y también de modo inmediato, a la información de los derechos que todo detenido posee.

En la relación del artículo 520 aptdo 2º de la LECr, faltan, como ya se dijo, algunas de las garantías fundamentales del ciudadano, lo que de ningún modo supone que el funcionario no tenga obligación de exponerlos sino que el legislador, en este caso, ha considerado más importantes otros, cuando en el aptdo 2º del 520 establece que tal información recaerá "especialmente" sobre unos determinados derechos, entre los que no se encuentran, ni el derecho a un plazo limitado de detención, ni el derecho a instar el procedimiento de habeas corpus.

c "" ) Derecho a guardar silencio.

Entre tales derechos se encuentra el relativo 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" (433), reconocido en los artículos 17,3 y 24,2 de

la Constitución. Esta garantía ha sido y es conculcada no sólo mediante una práctica judicial y policial, en la que se sostiene que la posibilidad legal del silencio, no implica licitud y, por tanto, que el detenido o procesado que se negare a ello debería responder de los perjuicios que causase (434), sino, y lo que es peor, mediante una configuración legal que posibilita la incomunicación del detenido en relación al abogado defensor antes del interrogatorio, lo que aumenta más, si cabe, la indefensión del detenido, al carecer de la preparación necesaria, en algunos casos, como para saber qué es lo que debe o no decir en un determinado momento del interrogatorio. Ello va intrínsecamente unido al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (435), que se obstaculiza desde el instante en que se prohíbe tal comunicación y que parece incompatible con la obligación procesal establecida en el artículo 387 de la LECr, conforme a la cual se debe responder la verdad, cuando en realidad la garantía regulada en el art. 520 permite y faculta al detenido al derecho a mentir, siempre que de ese modo evite la confesión de culpabilidad (436).

d''' ) Derecho a designar abogado.

Otro de los derechos que el artículo 520 de la LECr reconoce al detenido, es el de "designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración, e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto..." (437). Al margen de lo que

posteriormente se dirá sobre el contenido de la asistencia letrada al detenido, hay que aclarar que este derecho no es más que una especialidad del derecho de defensa reconocido en el art. 24 y 17,3 de la Constitución, cuya naturaleza es irrenunciable por el peligro que supuso durante bastante tiempo el abuso de autoridad policial, en supuestos donde se renunciaba automáticamente a tal derecho por la opción discrecional que se dejaba al detenido (438). Esta naturaleza fundamental determina que si el funcionario policial no instruye al detenido de tal garantía, hace alguna recomendación sobre la elección del abogado, o no comunica al Colegio de Abogados el nombre del abogado elegido, incurrirá en el delito de detención ilegal del 184 del código penal, ya que la legalidad de la detención está condicionada al cumplimiento del contenido material y a la observancia de las garantías formales (439). A pesar de que queda al margen de nuestro estudio las responsabilidades en que pueden incurrir los abogados por infracción de las obligaciones que el artículo 520 de la LECr establece, tan sólo recordar brevemente que las vías a la que puede recurrir cualquier ciudadano, en estos casos, son, además de los ordinarios recursos procesales, al remedio procesal de nulidad de los actos preprocesales (440), y en los casos de incomparecencia injustificada tras el plazo de 8 horas, a la vía penal del artículo 360 relativa a la prevaricación, además de las sanciones disciplinarias correspondientes (441).

e''') Derecho a la asistencia letrada.

Es necesario comprobar ahora cual es el alcance del contenido del derecho que el detenido ostenta de designar abogado y las funciones que a este competen en su labor de asistencia. El análisis versará sobre los elementos que considero fundamentales en el desarrollo de los principios constitucionales del artículo 17,3, que no son otros que los siguientes: el derecho de asistencia letrada debe ser irrenunciable e inmediato, es decir, la asistencia del abogado debe producirse desde el momento de la detención, participando por consiguiente en todas las diligencias que se practiquen; tal garantía debe extenderse a los supuestos de incomunicación del detenido; La presencia del letrado debe ser activa, lo que significa, entre otras cosas, que su participación en los interrogatorios y los contactos y las entrevistas con el detenido deben ser anteriores, incluso a cualquier diligencia que se practique; la elección del abogado debe ser en todo caso discrecional y por tanto no sometida a ningún tipo de restricciones.

En relación al primer punto, hay que recordar como el aptdo 2º del artículo 520 de la LECr, prevé que en los supuestos en los que el detenido no hiciere uso de su derecho de elección, será designado de oficio, con lo que se concluía así un periodo en el que la renunciabilidad de tal garantía era prácticamente "costumbre", configurándose la irrenunciabilidad con la sola excepción que representan la comisión de hechos susceptibles de ser tipificados como delitos contra el tráfico, con la finalidad de agilizar el procedimiento (442). Ahora bien, si relacionamos este precepto con el aptdo. cuarto del artículo 520 y especialmente con la previsión de que "La autoridad judicial y los

funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso... 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", se llega a la conclusión de que, tanto las expectativas de irrenunciabilidad como de inmediatez han sido defraudadas, ya que al dejar en manos de la propia policía la elección del momento en que debe hacerse la comunicación al Colegio de Abogados del nombre del defensor designado, ello representa la posibilidad de que tal nombramiento se realice horas antes de la finalización del plazo, con lo cual no se infringiría el texto pero sí el espíritu de la norma, al facilitarse que el desarrollo de algunas de las diligencias se hagan en ausencia del abogado, infringiéndose el aptdo c) del nº 2 del 520 aptdo (443).

Por lo que respecta al contenido de la "asistencia", el aptdo c) del nº 2 del artículo 520 define la presencia, como asistencia física a las diligencias policiales y judiciales, y el nº 6 delimita su configuración reduciéndola a simple presencia en tales diligencias y controles de identidad, al excluirse de la misma, posibilidades como: la de entrevistarse con el abogado antes del interrogatorio, que tal asistencia se realice en el instante de la detención o que se extienda a otro tipo de actuaciones (444). Por el contrario, sí parece positivo que el abogado pueda reclamar tanto la repetición de la lectura de los derechos como el reconocimiento médico, cuando lo considere oportuno, así como la Previsión de la garantía consistente en poder solicitar de los

funcionarios que han intervenido en la ejecución de cualquier diligencia las aclaraciones pertinentes.

En torno a la entrevista a la que el detenido tiene derecho tras la realización de cualquier diligencia, ya he expuesto la contrariedad que ello supone para el desarrollo de la seguridad del detenido en favor de una presunta mejora en las diligencias de investigación, no obstante, ha surgido una controversia (460) sobre si el detenido ostenta tal derecho en los supuestos en los que se niega a declarar. La respuesta debe ser contundente: en estos casos, el detenido no hace otra cosa que hacer uso del derecho que le concede la propia Constitución en su artículo 17,3 y la LECr en el artículo 520 aptdo a), por lo que la acción ejecutada tiene carácter de diligencia legal de declaración (446) siendo, consecuentemente posible, la posterior entrevista con el abogado. Todo ello demuestra como la "asistencia" convierte al abogado en testigo presencial mudo de que el interrogatorio se efectúa sin vejaciones ni malos tratos, abandonando sus funciones de participación y colaboración respecto al detenido, antes y durante el interrogatorio, funciones que van desde la información de sus derechos hasta la recomendación de lo que debe o no declarar; imposibilitándose de este modo, que el abogado pueda asesorar a su defendido ni antes ni durante el

interrogatorio (447), la actuación del letrado lejos de ser asistencial (448) se convierte en un instrumento formal y legítimamente de la actuación policial. A esta degradación de la auténtica misión del letrado a través del miedo que la Administración demuestra ante la presencia y el consiguiente control, que el mismo puede llegar a efectuar en la práctica de determinadas diligencias, control que, por otra parte, es absolutamente lógico e inofensivo para el Estado, en muchas de las diligencias policiales; levantamiento de cadáveres, análisis de alcoholemia, asistencia de heridos, etc., pues, como dice MORENO CATENA, "antes al contrario, ello debe de resultar lógico, si se parte de dos premisas que la policía observa estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practique, y que el abogado no va a obstaculizar la marcha de la actividad policial. Aquí es donde radica todo el problema, la intervención del abogado supone precisamente un control sobre la legalidad de la actuación policial y una garantía sobrevenida..." (449).

En definitiva, hay que concluir que la asistencia letrada que resulta de la regulación procesal, incumple el mandato constitucional al imposibilitar el asesoramiento del detenido, convirtiendo el interrogatorio policial en una farsa donde uno de los actores desempeña el papel de extra. Ante esta realidad, creo que lo que debe aconsejarse al detenido que se encuentra en una situación similar, es que inste el procedimiento de Habeas Corpus por infracción del art. 17,3 de la Constitución, que determina el delito de detención ilegal, dada la falta

de participación activa del defensor, que limita el derecho a la defensa; otra solución consistiría en que el detenido hiciera uso del derecho a guardar silencio que la Constitución reconoce, pues su seguridad es anterior al éxito de la investigación (450).

f<sup>III</sup>) Restricción de las garantías en los supuestos de incomunicación.

Este modelo general de garantías se ve restringido en los supuestos en los que se produce la incomunicación del detenido, ya que en tales casos se suprime la garantía consistente en la libre elección del abogado que debe designarse de oficio, careciendo además de la posibilidad de entrevistarse con el letrado tras el interrogatorio y del derecho a comunicar a un familiar el lugar de la detención (451).

El mayor inconveniente interpretativo radica en saber si durante la incomunicación, el detenido puede ejercitar su derecho a la asistencia letrada, no sólo por las limitaciones que establece los artículos 384 y 523 in fine (452), sino especialmente por la nueva regulación del 527 de la LECr, del que se desprende cuando menos una restricción considerable de tal derecho. Ahora bien, el problema de interpretación no deviene de una ambigua regulación constitucional que permite optar por la incomunicación incluso de la asistencia letrada, sino de una viciada práctica policial que ha sido amparada por sectores judiciales (453).

Del análisis de nuestra actual legislación se desprende que la incomunicación de asistencia letrada es inconstitucional (454), puesto que cuando el apartado 1º del artículo 55 de la Constitución establece que los derechos de los artículos 17 y 18... podrán ser suspendidos, se exceptúa de lo establecido anteriormente, el apartado tercero del artículo 17 para el supuesto de declaración del estado de excepción. Mientras que, al ejercitar la opción constitucional del apartado 2º del artículo 55 el artículo 3 de la Ley de 1 de Diciembre de 1980 sobre los supuestos del artículo 55,2 de la Constitución, al señalar que "sin perjuicio del derecho de defensa", está admitiendo, por tanto, que en ningún caso se puede suspender el derecho a la asistencia letrada" (455). El privar al detenido del derecho a la entrevista posterior al interrogatorio, así como que su designación sea en todo caso de oficio, representa una infracción del derecho de defensa y por tanto de los artículos 17,3, 24 y 55,2 de la Constitución, pues reduce la función del letrado a las facultades de reclamación de diligencias y a la mera repetición de derechos, que unido a la imposibilidad de comunicar al familiar o cualquier persona el hecho de la detención y, lo que es peor, el lugar de la misma, evidencia una dudosa política de investigación que favorece sin lugar a dudas la práctica de torturas en un ambiente de impunidad absoluta. Ello además refleja una contradicción entre la idea del jurista como guardian del derecho y la desconfianza manifestada al impedir al detenido la libre elección del letrado. Se está dando a entender, implícitamente, posibles complicidades, favorecimientos del abogado con respecto al detenido que hacen aconsejable su exclusión (456).

Esta tendencia a la reducción de las garantías democráticas se expresa de forma particularmente acentuada en el terreno de los derechos de la libertad. En este sentido, los países industrialmente desarrollados han sufrido un grave proceso involutivo en los últimos años, que obedece a una misma lógica de fondo (457). Esta tendencia a la involución autoritaria de las democracias occidentales, al olvido de los postulados del garantismo liberal, responde a exigencias estructurales, donde la "seguridad" tiende a convertirse en el nuevo concepto clave de la vida social, transformándose el ordenamiento basado en los conceptos de igualdad y libertad, en otro en el que la seguridad subordina a cualquier otra garantía.

El Estado, despojado de sus funciones por un nuevo modelo de funcionamiento, aumenta las funciones represivo-coercitivas (la seguridad), en detrimento de la seguridad del ciudadano.

g " " Derecho al plazo legal de entrega a la autoridad judicial o puesta en libertad.

Otras de las garantías del detenido cuya infracción da origen al delito de detención ilegal, es la del plazo de entrega a la autoridad judicial, regulado en el artículo 17 de la Constitución (458), y desarrollada en el artículo 520 de la LECr párrafo segundo, al disponer que "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 máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial" (459). Si se compara el texto del artículo 17,2 de la Constitución con el 520 aptdo. 2º de la LECr, se desprende que la única diferencia estriba en la expresión "dentro de los plazos establecidos en la presente ley", que aparece por vez primera en la regulación procesal y que aumenta las dudas ya existentes sobre la confusa normativa referente al plazo de detención preventiva. El problema reside en que, si bien el artículo 17,2º de la Constitución establece el plazo de 72 horas como el máximo del que disponen los agentes de la autoridad para entregar el detenido a la autoridad judicial, o dejarlo en libertad, en el resto del ordenamiento existen plazos menores. La duda que se plantea es si deroga el plazo constitucional, la totalidad de los sostenidos por otros artículos del sistema jurídico o se entiende, por el contrario, que el precepto constitucional establece un plazo de 72 horas, por lo que estaría consagrando un límite máximo como garantía de que ninguna otra norma puede fijar plazos que lo superen, pues, como dice GIMENO SENDRA, "Mantener lo contrario será desvirtuar la función de la Constitución, que es la de salvaguardar los derechos y garantías sociales de los ciudadanos y no precisamente la de aumentarlos o restringirlos" (460). Otra alternativa consiste en la concepción de que el precepto constitucional establece un término, y no un plazo, por lo cual todos los plazos inferiores quedarían automáticamente derogados.

La solución de esta interrogante para el análisis de la evolución del plazo en las diferentes

constituciones y leyes que lo preverían, que el plazo de 24 horas evidencia como ha sido una constante en nuestra legislación, como lo demuestra el hecho de que la mayoría de las constituciones y códigos penales, lo fijaron como límite máximo del que se disponía para la entrega a la autoridad judicial (461), basándose en el razonamiento siguiente: 24 horas era el tiempo necesario para el traslado del detenido ante la autoridad judicial, ya que la entrega debía de realizarse al juez más próximo y no al competente, lo que reflejaba el carácter de inmediatez constitucional.

La uniformidad legal sobre el plazo, desaparece con el Fuero de los españoles, que en su artículo 18 dispuso que "En el plazo de 72 horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial", con lo que se disminuía notablemente las garantías del detenido mediante un reforzamiento de los poderes gubernativos y judiciales.

El legislador de la época, para ser congruente con la normativa constitucional, "se vió en la necesidad de modificar el artículo 186 del código penal, que aún mantenía el plazo de 24 horas y así, tras la reforma de 24 de Enero de 1963, se fijó el plazo en 72 horas sin que, curiosamente, se modificara al mismo tiempo la totalidad de los plazos menores, razón por la cual en la actualidad coexisten un gran número de normas que regulan plazos inferiores, (462) y excepcionalmente, en alguna otra, se prevé un plazo notablemente superior cuya inconstitucionalidad es evidente. Nos referimos al plazo máximo de cuarenta días que establece el artículo 26 de la ley 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros

en España (463) al prever que, "La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al juez de instrucción del lugar que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tenga carácter penitenciario. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días" (464). De lo expuesto sólo cabe deducir que la autoridad gubernativa, dentro del plazo de 72 horas, debe poner al detenido sobre el que recaigan indicios de criminalidad, ya que es preciso recordar como cualquier detención que responda a criterios diferentes es ilegal (465), en poder de la autoridad judicial, dependiendo de esta última la opción de dejarlo en libertad o mantener el internamiento en fase de prisión preventiva por un periodo máximo de cuarenta días. Periodo que adquiriría la condición de privilegio por la especial naturaleza que ostenta la expulsión que no se configura como sanción tradicional del artículo 26 del c.p. Cualquier otra interpretación sería contraria a la Constitución y al régimen general de garantías de la ley de Enjuiciamiento criminal, ya que no sólo supondría la infracción del artículo 25,3 de la Constitución, al permitir a la Administración la restricción de la libertad, sino que significaría la conculcación del artículo 17,2 de la Constitución al exceder el plazo máximo de detención gubernativa y judicial. Ahora bien, si se acepta la detención por otros motivos que no fuesen los delictivos, el plazo de cuarenta días no sería ya una medida cautelar privilegiada sino el símbolo de la arbitrariedad que representa, en este caso, la discrecionalidad judicial,

al hacer uso de una medida paralela a la prisión preventiva en ausencia de los principios de instrumentalidad, *periculum in mora* y *fumus boni iuris* (466). A pesar de ello, es indudable que se corre el riesgo de que esta normativa se interprete de forma incorrecta, otorgando a la Administración la facultad de privar de libertad -hasta cuarenta días- mientras dura el expediente de expulsión, lo que repito, significaría romper con todo un sistema de garantías constitucionales en detrimento de la seguridad del extranjero.

Una conclusión definitiva sobre el tema del plazo de detención, depende directamente de la interpretación que adoptemos en torno al artículo 520 párrafo 2º de la LECr y del artículo 5,3 del Convenio europeo sobre derechos y libertades fundamentales. Comenzaré analizando el art. 5,3 del convenio que establece "el detenido, sin dilación, debe ser entregado a la autoridad judicial o puesto en libertad". Es evidente que el problema reside en la interpretación de los términos que hacen referencia a la inmediatez de la entrega, que no son otros que "aussisot" y "promptly"; traducidos tanto por la jurisprudencia del Tribunal de derecho humanos como por la doctrina como "inmediatamente o sin dilación" (467), variando su contenido, es decir, la duración del plazo, desde tres hasta quince días, por lo que resulta inaplicable a nuestra legislación, que nuevamente en esta materia es más progresiva que el propio Convenio (468), salvo que, en contra de la interpretación jurisprudencial, se realice una interpretación literal de tal garantía, que equivaldría a adecuar el plazo de 72 horas a la exigencia de que tal entrega debe ser inmediata y por

consiguiente, efectuarse tras la práctica de la detención, siendo ilegal la prolongación indebida de la misma (469).

En torno a la fórmula utilizada por el artículo 520 de la LECr aptdo. 2º, pueden darse las siguientes interpretaciones: La primera consistiría en entender que se establecen dos tipos de plazo; a) el estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, con un límite máximo de 72 horas; b) los plazos establecidos en la presente ley (refiriéndose al artículo 496 y ss. de la LECr.), con un límite máximo de 72 horas. Las consecuencias de tal interpretación serían: en primer lugar y una vez realizadas las averiguaciones, habría que entregar al detenido a la autoridad judicial o dejarlo en libertad, aún cuando no se hubiese agotado el plazo máximo de 72 horas. Si el funcionario retuviera al detenido, una vez utilizado el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, incurrirá en el delito de detención ilegal del 184 del c.p.

En segundo lugar, si lo que se quiere es que no sea derogado el artículo 496 de la LECr, protegiendo así los plazos menores, no tiene sentido alguno añadir la expresión "y en todo caso en el plazo máximo de 72 horas", pues ello supondría que el funcionario puede agotar dicho plazo sin respetar el de 24 horas. De tal redacción se deduce que el reconocimiento legal de los plazos menores es absolutamente inútil, ya que el funcionario no tiene la obligación de entregar al detenido pasadas las primeras 24 horas, sino que podrá

utilizar la opción que se le ofrece de emplear el plazo máximo en todos los casos.

La segunda interpretación que se puede realizar, se basa en la afirmación de la existencia de un solo plazo, consistente en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, este plazo tendría dos límites: uno, de carácter general, de 24 horas, fundamentado en la expresión "dentro de los plazos de esta ley" con referencia claro está, al artículo 496 de la LECr y otro, de carácter excepcional, basado en "y en todo caso en el plazo máximo de 72 horas", que se reduciría exclusivamente a los supuestos en los que el funcionario justifique no haber podido entregar al detenido o ponerlo en libertad en las primeras 24 horas. Esta interpretación cuenta con el grave inconveniente de haber considerado la expresión "y en todo caso" como sinónima de excepcional, lo que conllevaría en la práctica un uso casi exclusivo del plazo máximo, que exigiría una justificación de la causa del exceso, que no tiene base legal alguna.

La última de las interpretaciones posibles consiste en entender que hay dos plazos; el primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, teniendo como límite máximo el plazo de 72 horas. El segundo es el de 24 horas, entendiéndose que la expresión "y en todo caso", no afecta al supuesto previsto, con la redacción de "dentro de los plazos establecidos en la presente ley". El error de esta interpretación radica en que el

funcionario puede optar por uno u otro indistintamente, ya que la detención preventiva regulada en el 466 de la LECr, es idéntica a la determinada en otras normas del ordenamiento jurídico.

En conclusión, parece que si bien se ha intentado por parte del legislador proteger la existencia de plazos menores, al reconocerlos en el mismo párrafo segundo del artículo 520, y hacerlos depender al mismo tiempo del plazo de 72 horas, los convierte en impracticables, por lo que sería más conveniente volver a la regulación tradicional del aptdo. 2 del artículo 17 de la Constitución, pues de ese modo, al establecer un plazo y no un término, quedan en vigor todas las normas que favorezcan los derechos del detenido, mediante la existencia de plazos menores. Esta interpretación plantea la interrogante de la sanción que recaería sobre el funcionario que, incumpliendo el plazo de las 24 horas o el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones, agota el plazo de 72 horas, si el artículo 186 del cp. se infringe desde el instante en que se supera este último plazo, y no desde que terminan las diligencias policiales. La solución a esta cuestión depende directamente de las funciones que ejercen en la actualidad los Cuerpos y Fuerzas de la seguridad del Estado, pues sólo sobre la base del conocimiento de las necesidades, puede determinarse la duración de la detención.

Si, como hemos visto, el plazo de detención ha funcionado como el tiempo estrictamente necesario para efectuar el traslado del detenido ante la autoridad judicial, tras la reforma introducida por el Fuero de

los españoles ampliándolo a 72 horas, es preciso determinar si, además del traslado, la policía tiene que desarrollar otras misiones que justifiquen la ampliación del mismo. Ahora bien, no interesa tanto reconocer todas las diligencias que debe efectuar la policía judicial, como las que deba llevar a cabo antes de la entrega al juez del detenido, y en este sentido, afirma GIMENO SENDRA que la autoridad gubernativa no tiene derecho a retener a una persona en calidad de detenida durante las 72 horas, sino mantenerla bajo su custodia el tiempo necesario para realizar las diligencias de prevención (470). Entre las diligencias que la LECr reconoce como obligatorias para el funcionario policial, se encuentran las siguientes: en primer lugar, los funcionarios de la policía judicial, una vez practicada la detención, deben comunicar de inmediato la realización de la medida precautelar al juez o al ministerio fiscal (471), sin que en ningún caso pueda superar el plazo de 24 horas tal comunicación (472), en segundo lugar, no deben realizar ninguna otra diligencia en el supuesto en que se presentare en el lugar de la detención las autoridades anteriormente mencionadas (473), y en último lugar, tan sólo está capacitada para invitar al detenido a firmar el atestado, que como sabemos no tiene otro valor que el de mera denuncia (474).

De lo expuesto se desprende que los funcionarios de la policía judicial deben comunicar en el plazo máximo de 24 horas, la práctica de la detención a la autoridad judicial, ya que, de lo contrario, incurrirían en el delito de detención ilegal del 184 del c.p., y una vez realizada la comunicación pueden ocurrir dos cosas, o que sea el

propio juez el que, presentándose en el lugar de la detención, continúe el desarrollo de las diligencias pertinentes, o que, por el contrario, no acuda y sea la policía judicial la que practique las diligencias que se reducen a una: el invitar al detenido a firmar la declaración. Pero puede suceder que el detenido, en virtud del derecho que le conceden tanto la Constitución como la LECr, se niegue a efectuar declaración alguna, en cuyo caso la policía no podría hacer otra cosa que trasladarlo de inmediato ante la autoridad judicial, por lo que un plazo de detención que superase la inmediatez de la entrega del detenido a la autoridad judicial, se reduce exclusivamente a los supuestos en los que hay que realizar la diligencia de prevención consistente en invitar al detenido a firmar el atestado. El plazo, en consecuencia, debe ser el estrictamente necesario para el traslado del detenido ante el juez, más y sólo en los casos en que así suceda, el tiempo que se tarde en invitar a firmar el atestado al detenido, ya que si se niega a declarar, la entrega debe ser inmediata. En este sentido considero que el plazo de 24 horas, es el límite máximo del que pueden disponer en la actualidad los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya que la regulación procesal de sus funciones imposibilitan la extensión del mismo, al quedar reducidas al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones consistentes en la toma de declaración, en los casos en los que el detenido acepte.

De este modo, si el funcionario infringe la obligación procesal de comunicar dentro de las 24 horas de efectuada la detención, la práctica de la misma al juez, incurrirá en el delito de detención ilegal del

artículo 187, 1º del c.p. (475). Si por el contrario realiza tal comunicación pero no entrega al detenido a la autoridad judicial, inmediatamente de firmar aquél el atestado policial, incurrirá en el delito de detención ilegal. del art. 184 del c.p., aunque no supere el plazo de 24 horas(476) por la obligación constitucional de que el plazo sea el estrictamente necesario, sin que quepa posibilidad alguna de agotarlo si ello no es necesario. Por el contrario, cometería el delito del artículo 186 del c.p. en los supuestos en los que la detención fuese superior al plazo de 72 horas y en el caso de que el detenido se niegue a efectuar declaración alguna, el traslado debe ser inmediato, pues de lo contrario daría lugar al delito del 184 del código penal, al sobrepasar las funciones que la legislación procesal les concede.

h''' ) Derecho a instar el procedimiento de habeas corpus.

En último lugar, otro de los derechos que el artículo 17 de la Constitución, en su apartado 4º reconoce, es el procedimiento de Habeas Corpus (477), con la finalidad de producir la inmediata puesta a disposición judicial de la persona detenida ilegalmente. De este procedimiento penal especial, como es definido por GIMENO SENDRA, "por el que se solicita de un órgano judicial ordinario la satisfacción de una pretensión de amparo nacida con ocasión de la comisión de una detención ilegal" (478), tan solo nos interesa en este momento (479) las responsabilidades en las que

puede incurrir el funcionario que no satisfaga la petición solicitada.

En desarrollo del precepto constitucional, la ley 6/1984 de 24 de Mayo sobre procedimiento de habeas corpus, ha establecido los requisitos básicos en su realización, de los que se desprenden las conclusiones siguientes: la autoridad gubernativa o el funcionario público en general, deben poner inmediatamente en conocimiento del juez la petición de solicitud de habeas corpus (480), solicitud que no puede presentar cualquier ciudadano que presencie la realización de una detención ilegal, sino exclusivamente el interesado, es decir, el detenido o las personas a las que alude el artículo 3º de la citada ley (481). El funcionario que practique la detención debe ofrecer al detenido los datos que éste considere convenientes para completar el escrito de petición, así como las razones que motivan la detención (482), que, en definitiva, serán los elementos que el juez pueda utilizar en la comprobación de la legalidad de la detención.

La infracción de cualquiera de estas garantías conculca el artículo 184 de la LECr, dando lugar al delito de detención ilegal practicada por funcionario público, ya que, ante la petición de dicho procedimiento, no cabe más opción que la inmediata entrega del detenido solicitante a la autoridad judicial.

erá éste, el que el último lugar decida la veracidad de la solicitud, y consecuentemente si la detención es legal o ilegal, sin que pueda el funcionario policial en ningún caso, valorar la petición y en base a ello decidir o no su traslado al juez.

i" ) La "forma" de practicar la detención, como componente del elemento ilegalidad.

a" ) Consideraciones preliminares.

El contenido del elemento "ilegalmente", que hemos venido analizando, se conforma también en base a la "forma" de practicar la detención, lo que significa que no basta con que el funcionario en el desarrollo de una privación de libertad cumpla los supuestos admitidos legalmente, ni que respete el conjunto de garantías constitucionales, sino además, debe realizar la detención en la forma en que menos perjudique la persona, reputación o patrimonio del detenido (483). La ilegalidad de la detención puede ser, por tanto, consecuencia de un ataque al principio de dignidad o de la infracción de los criterios legales que determinan el medio y el modo de practicar una privación de la libertad, así que, del mismo modo que el respeto por la dignidad del detenido se convierte en el requisito básico en la privación de libertad, la misma debe efectuarse siempre ocasionando el menor perjuicio posible en la persona del detenido, por lo que en aquellos casos en los que el uso de medios violentos es imprescindible, el funcionario debe someterse a los principios establecidos, sin que en ningún caso pueda, en el ejercicio de la función pública otorgada por el artículo 492 de la LECr., hacer un uso absolutamente

discrecional de la violencia.

b''' ) Principios de menor lesividad como criterio orientador de la actividad po licial.

En definitiva, el principio de menor lesividad requiere, en su vertiente protectora de la dignidad del detenido, la previa identificación del funcionario que realiza la detención (484), así como el cumplimiento de todos los trámites y requisitos necesarios, siendo ilegal la restricción de la libertad caracterizada por la utilización de cualquier medio que perjudique de forma innecesaria al detenido en cualquiera de las modalidades prescritas, como, por ejemplo, lo sería la habitual publicación en medios de comunicación de las fotografías de los detenidos, con el evidente perjuicio que ello causa en el presente y futuro de alguien, sobre el que aun no ha recaído ni tan siquiera una medida cautelar, y sobre el que tan solo existen indicios previos de criminalidad, cuya veracidad será determinada mediante valoración judicial posterior . Por el mismo motivo , el ingreso de detenidos no en establecimientos penitenciarios, y sí, en la mayoría de los casos, en depósitos que no reúnen las mínimas condiciones, representan también un ataque a la dignidad del detenido (485).

Por otro lado, el principio de menor lesividad exige la delimitación, no solo de los criterios que rigen el uso de la violencia, sino la exposición casuística de los medios aplicables. En relación a

estos últimos, ni en España ni en el resto de ordenamientos jurídicos de otros países suele existir una reglamentación precisa de los mismos, habilitándose un amplio margen de discrecionalidad policial que cuestiona el principio de "seguridad" del ciudadano frente a las actuaciones estatales.

De los principios que deben regir el uso de la violencia en la práctica de la detención, podría distinguirse entre los requisitos a los que debe someterse en general cualquier privación violenta de la libertad y aquellos otros que debe reunir el uso de arma de fuego.

c''' ) Privilegios que rigen el uso de la violencia policial en general.

Respecto a los primeros, los principios que deben orientar la actuación de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son los siguientes: menor lesividad, adecuación, necesidad, y proporcionalidad. Siendo el requisito de menor lesividad, como dije anteriormente, el criterio esencial que debe guiar la actuación del funcionario, los demás principios expuestos son meras derivaciones de aquel (486).

a'''' ) Criterio de adecuación.

En primer lugar, la práctica violenta de la privación de libertad debe ser adecuada al hecho que

trata de impedirse, lo que exige la idoneidad del medio empleado (487) y la previa llamada de atención a los sujetos a los que va dirigida la fuerza, ya que no será congruente la utilización de cualquier medio, por muy inofensivo que sea, cuando la simple intimidación haría inviable e innecesario el uso de la violencia. Ahora bien, el desarrollo de esta garantía se encuentra con graves inconvenientes; el primero consiste en la falta de regulación de los medios que, en general, pueden utilizar las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado a la hora de efectuar la detención, lo que les permite hacer una amplia valoración del medio que sería correcto utilizar, sin que le venga impuesto legalmente, lo que excede, lógicamente, del margen de discrecionalidad propio del funcionario en el momento de seleccionar aquel (488). El segundo inconveniente al que hacía referencia, se basa en la falta de especialización de los funcionarios a los que se faculta en el empleo de determinados medios, que conduce necesariamente a la utilización de métodos inadecuados por exceso a la privación de libertad. Dificilmente puede respetarse el principio de congruencia cuando se carece de una regulación detallada de los medios aplicables, según los casos, y los propios funcionarios adolecen de una formación básica en su empleo.

b''') Criterio de oportunidad.

No es suficiente, con que la detención se realice conforme al método más congruente con el hecho que se pretende evitar, sino que es preciso, además, que su utilización sea en abstracto necesaria. Razón por la

cual en los supuestos en los que sea posible la concertación, es ilegal el empleo de cualquier tipo de violencia (489). Este principio, también denominado de oportunidad en la LOFCS, requiere por tanto el uso estrictamente necesario de la violencia (490) cuando así lo exija el desempeño de la función pública, debiendo el funcionario abstenerse de ejercer la fuerza en la práctica de una detención que no la exija.

c " " ) Criterio de proporcionalidad.

Tras la elección del medio adecuado para efectuar la detención, el funcionario debe asegurarse de que no tiene una opción distinta a la de hacer uso de ese determinado medio violento, ya que ello no convierte en legal la detención practicada, siendo imprescindible la presencia de un nuevo requisito: la proporcionalidad entre el interés lesionado y la infracción del bien jurídico que se pretende evitar (491). No basta, por tanto, que el medio sea idóneo o que el uso de la violencia sea en abstracto necesario, si a esto no se une la necesidad en concreto de la violencia que, en todo caso, debe ser proporcional a la acción realizada o que se pretende evitar.

Si los criterios de racionalidad, adecuación o estricta necesidad, permiten al funcionario un amplio margen de actuación sin que ello corresponda a un exacto desarrollo objetivo de la situación contemplada, el principio de proporcionalidad condiciona dicha actuación al exigirle que el bien infringido (libertad), no sea mayor que el que se pretenda evitar o sancionar.

De ese modo, puede afirmarse que tan solo la defensa de la vida y la propia libertad, faculta la ejecución de determinados métodos, como por ejemplo el uso de arma de fuego, sin que de ello se desprenda, de ningún modo, que no pueda efectuarse la detención por medio de la fuerza física, en los supuestos en los que no se atenta contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, pues ello derivaría inevitablemente en la práctica desaparición de la medida cautelar, al ser casi siempre superior el bien lesionado (libertad), que el que se intenta evitar o sancionar (propiedad). En realidad cuando se habla de proporcionalidad como criterio delimitador de la violencia, nos estamos refiriendo a la absoluta desproporción entre los bienes en juego, siendo ilegal la detención que no respondiese a dicha ponderación de bienes, y no al sentido estricto y literal de proporcionalidad, que conduciría a resultados absurdos, como la imposibilidad de efectuar detenciones de personas sobre las que recaigan indicios de criminalidad contra la propiedad, o contra cualquier otro interés jurídico, valorado menos que la libertad.

d''' ) Principios que rigen el uso de arma de fuego

A los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad la LOFCS añade, en los supuestos de uso de armas de fuego.

a'''' ) Grave riesgo para la vida o integridad física.

La necesidad de que exista un riesgo racionalmente grave para la vida, o integridad física del funcionario o de terceras personas, o bien que se den las circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana(492).

b'''' ) Peligro para la seguridad ciudadana.

De estos criterios parece más razonable el primero, es decir, que a la idoneidad, y a la necesidad acompañe un principio de proporcionalidad que desvirtúa el empleo de arma de fuego en los casos en los que no existe ningún peligro para la vida e integridad física del funcionario o terceros, mientras que parece absurdo el segundo, la posibilidad de utilizar el arma de fuego cuando exista un grave riesgo para la seguridad ciudadana, pues o se trata de supuestos incluidos en el apartado anterior, y por tanto es innecesaria la repetición, ya que si existe un peligro inminente para la vida de terceros está permitido el uso de armas, o por el contrario, el concepto de "seguridad ciudadana" no afecta tanto a intereses como la vida o integridad física sino a otros más generales, con lo que quedaría vacía de contenido la exigencia anterior.

Entiendo, que es preferible interpretar la concurrencia de un grave riesgo para la seguridad ciudadana, como una addenda al apartado anterior, de modo que el funcionario únicamente está capacitado para hacer uso del arma de fuego en los supuestos donde esté en peligro objetivo e inminente la vida o la integridad

física propia o de terceros, entre los que se incluyen los presuntos atentados que pueden efectuarse contra un amplio grupo de personas. El concepto de seguridad ciudadana se reduciría, por tanto, a los casos en los que el peligro para la vida o integridad física no recae en una sola persona sino en una colectividad.

Cualquier otra interpretación desvirtuaría el límite que se pretende imponer al funcionario a la hora de hacer uso del arma de fuego, ya que si la seguridad ciudadana es asimilada al concepto de orden público o al de seguridad pública, el resultado sería otro que la desaparición de la garantía que comentamos al estar facultados los funcionarios policiales para utilizar el arma, no solo en los supuestos de grave riesgo para la vida o integridad física, sino también en la salvaguarda de otros derechos ciudadanos, como pueden serlo la propiedad, la intimidad, etc. En efecto, si el concepto de seguridad ciudadana establecido en el artículo 5,2 d) de la LOFCS y el 104,1 de la Constitución, es correlativo al de seguridad pública del artículo 1 de la LOFCS y del 149,1,29 de la Constitución, definida por el Tribunal Constitucional como "actividad dirigida a la protección de bienes y personas y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadanos" (493), la conclusión no puede ser otra que el uso de arma de fuego puede también extenderse a la defensa de aquellos valores, lo que significaría tal ampliación de las facultades policiales que hace inútil la expresa limitación del artículo 5,2 d).

Por todo lo expuesto, no cabe otra posibilidad que considerar que esta última interpretación es contraria al contenido y espíritu del artículo 5,2 d),

por lo que hay que restringir el empleo del arma de fuego, exclusivamente a los supuestos de riesgo inminente para la vida o integridad física una persona o una colectividad. Razón por la cual quedan excluidas del uso del arma de fuego la defensa de cualquier otro interés jurídico, por muy esencial que sea, que no tenga relación con la vida o integridad física. Esto significa, por ejemplo, que en ningún caso, la defensa de la propiedad faculta al funcionario a disparar (494).

#### c"") Conclusiones.

La aplicación efectiva de este principio, determina la ilegalidad del disparo en los casos de huída del detenido, y la del uso de arma de fuego admitido en la Ley de Orden Público en su artículo 14,2, siempre que en ninguno de esos supuestos se ponga en peligro la vida o integridad física de alguien.

En el primero de los supuestos, es posible distinguir entre los casos de huída en los que el detenido pone en peligro la vida o integridad física de alguien, y aquellos otros en los que no existe riesgo alguno para nadie. Antes de responder a las cuestiones que pueden plantearse en tales supuestos, es preciso recordar que el simple hecho de huir, salvo que se trate de la evasión de un preso, como el insultar o el tratarse de liberar de la detención mediante algún tipo de fuerza física que no alcance la consideración de delito contra la integridad física del agente de la

autoridad, no tiene la consideración de delito (495), por lo que la detención debe obedecer a razones objetivas previas cuya realización de lugar a la creencia del funcionario de que existen motivos bastantes para efectuar la detención.

Si el detenido se da a la fuga, sin que exista peligro alguno para la vida o integridad física de alguien, el funcionario tan solo podrá hacer uso de su arma con una función intimidatoria y no compulsiva, siendo ilegal, no solo el disparar con la intención de matar, sino también con la finalidad de lesionar al disparar sobre una zona no vital del cuerpo (496). Pero, si por el contrario, la fuga del detenido conlleva el riesgo antes mencionado, el funcionario policial está capacitado para hacer uso del arma de fuego, sólo en el supuesto en que no hubiese otra solución para disparar sobre el que huye, tras previa intimidación mediante el disparo al aire. El disparo debe efectuarse sobre una zona no vital, salvo que la muerte del que huye sea el único medio de evitar el peligro creado para la vida o integridad física de una persona. La consecuencia de aplicar los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en su vertiente de riesgo para la vida o integridad física de alguien y de ausencia de peligro respecto a terceros en los casos de hacer uso del arma de fuego, reduce el disparo con la finalidad de matar, al que huye en los supuestos en los que, existiendo un peligro inminente para la vida e integridad física de alguien, no quede otra posibilidad y al mismo tiempo no se arriesgue con el disparo la integridad física de terceros.

Respecto a las facultades que el artículo 14,2

de la LOP otorga a la fuerza pública (497), tan sólo cumple el requisito expuesto en el artículo 5 2 d) de la LOFCS, el supuesto de disparar contra los perturbadores que, en la manifestación, hacen uso del arma de fuego contra la fuerza del orden, ya que en tales casos, sí existe un riesgo grave para la integridad física de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado.

Por el contrario, pese a la existencia de un previo toque de silencio, infringe los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad el supuesto en que se faculta de las fuerzas del orden para disparar con la finalidad de disolver una manifestación, y aquel otro donde se permite directamente el uso de arma de fuego, por el simple hecho de detentar armas los manifestantes, ya que, en dichos casos, no existe un grave peligro para

la vida o integridad física de nadie (498). Estas razones nos obligan a considerar la ilegalidad del actual artículo 14 de la LOP y su no aplicabilidad en todo caso (499).

j" ) Suspensión de las garantías a través de la legislación excepcional

El sistema general de garantías expuesto, que abarca el contenido los derechos y la forma de practicarse la detención, puede suspenderse en determinadas circunstancias ante la presencia de condiciones sociales o personales que permiten la anulación temporal de ciertos derechos, de forma

individual o colectiva.

El modelo excepcional, al que me refiero, aparece descrito en el artículo 55 de la Constitución (500), distinguiéndose entre la suspensión temporal y colectiva de algunos derechos y garantías en los estados de alarma, excepción y sitio y la suspensión individual más limitada en su alcance, en los supuestos de terrorismo. Ambas situaciones han sido desarrolladas mediante ley orgánica, cuyo contenido pasamos a analizar.

a''' ) Suspensión colectiva.

La prescripción legal de los artículos 55,1 y 116 de la Constitución (501), tuvo como consecuencia la ley 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio, aplicable "cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes" (502), siendo de nuestro interés, exclusivamente, el análisis de los estados de excepción y de sitio (503). De este modo, mediante la nueva ley, se faculta a la autoridad gubernativa en los supuestos de estado de excepción, que concurre en los casos en que resultan gravemente alterados el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público (504), a detener a cualquier persona "si lo considera necesario para la conservación del orden,

siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público" (505), detención que en ningún caso podrá superar los diez días de duración, ni carecer de los derechos garantizados por el artículo 17,3 d) la Constitución (506).

Del régimen general de garantías que afectan a todo detenido, en el estado de excepción se suspenden tres de ellas: el contenido de la detención, el plazo de entrega a la autoridad judicial y determinados derechos. En relación al contenido de la detención, que como veíamos exigía que la privación de libertad obedeciese a motivos bastantes de criminalidad, es reemplazado en esta ley por la simple creencia del funcionario de que se pueden producir alteraciones de orden público, con lo que se está otorgando a la autoridad administrativa un poder tan amplio que apenas queda espacio para la decisión judicial, vulnerando así el sistema de garantías procesales basado en la exigencia de los indicios racionales de criminalidad, en la práctica de la medida cautelar y el artículo 25,3 de la Constitución, que prohíbe que la Administración puede imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privaciones de libertad.

Además de infringir el contenido de la detención preventiva, se suspende el derecho al plazo de entrega a la autoridad judicial en setenta y dos horas, ampliándose el mismo hasta una duración máxima de diez días, sin ningún tipo de control judicial, salvo el puramente teórico consistente en la comunicación al juez dentro de las 24 horas de la medida adoptada. Si carece de sentido procesal y penal,

el que el detenido permanezca en las estancias policiales más tiempo que el estrictamente necesario para llevar a cabo las diligencias oportunas con la finalidad de investigar los hechos, que en estos casos se reducen a la comprobación de la alteración del orden o de la intención del detenido de provocarlo, menos lo tiene aun el hecho de que la decisión de aumentar el periodo dependa, no de la autoridad judicial y sí de la gubernativa. Ni el plazo de diez días es procesalmente necesario, ni la adopción de tal medida debe ser gubernativa, por el riesgo que se corre en materia de infracción de los derechos y garantías del detenido (507). A la supresión del requisito de los indicios racionales de criminalidad y que el plazo de detención alcance los diez días de duración sin control judicial, hay que añadir la carencia de determinados derechos de los reconocidos en el artículo 520 de la LECr y en la ley reguladora del derecho de habeas corpus. En efecto, a pesar de reconocerse expresamente que durante el estado de excepción el detenido conserva las garantías de asistencia letrada, el derecho a ser informado de las razones de la detención y en general de todos sus derechos, se desconoce la existencia de otros derechos tan fundamentales o quizás más que los anteriores, como pueden serlos: el derecho a ser reconocido por un medico forense, a comunicar a la familia o amigo el lugar de la detención, a no declarar, etc., que pueden facilitar el desarrollo de medidas como la tortura o los malos tratos.

La infracción del artículo 25,3 de la Constitución, no suspendido por el artículo 55,1 de la Constitución, la falta de control judicial sobre la prolongación de un plazo carente de significación

procesal, y la ausencia de algunas de las garantías del detenido, convierten en ilegal la práctica de cualquier detención que se realice en base a las disposiciones del artículo 16 de la ley 4/1981 de 1 de junio.

Respecto a la declaración de estado de sitio que tiene lugar "cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional" (508), se faculta a la autoridad militar, no solo a realizar las detenciones en los mismos supuestos y plazos que en el estado de excepción, sino que además, durante la detención, el detenido no goza de ninguna de las garantías del artículo 17,3 de la Constitución, y en consecuencia tampoco de las expresamente previstas en el artículo 520 de la LECr. El resultado no es otro que la privación de toda garantía, y la absoluta discrecionalidad policial que permite la creación de un amplio margen de impunidad de cualquier conducta policial contraria a los principios constitucionales (509).

Nunca estará justificada, sea cual sea la situación de emergencia, la suspensión de todas las garantías del detenido, pues ello significaría la admisión de detenciones sin fundamento alguno y, lo que es peor, facilitaría la práctica habitual de la tortura. por esta razón, no cabe la menor duda que una detención como la efectuada durante el estado de sitio, carente de todas las garantías legales y contraria al artículo 25,3 de la Constitución, es arbitraria e ilegal.

b<sup>III</sup> ) Suspensión individual.

En desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución (510), la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de Diciembre ha introducido sustanciales modificaciones en el régimen general de la detención preventiva, cambios que afectan fundamentalmente a dos de los derechos esenciales del detenido: el plazo de entrega a la autoridad judicial del presunto terrorista y el del periodo y condiciones de incomunicación, que, unido a las excepciones que tal medida conlleva en relación al artículo 527 de la LECr y a la exclusión del Juez natural mediante la atribución de competencias a los juzgados Centrales de instrucción y a la Audiencia Nacional, tanto en esta ley como en la reguladora del derecho de habeas corpus, delinean un modelo de emergencia carente de los más derechos, donde todo, absolutamente todo, es posible.

La detención de un presunto terrorista debe obedecer a la existencia de indicios racionales de criminalidad, sin que quepa la privación de libertad por razones de orden público, como ocurría con los supuestos de estado de excepción o de sitio; ahora bien, su entrega a la autoridad judicial, no es a la del lugar donde se practica la detención, sino a la Audiencia Nacional, o a los juzgados centrales de instrucción, ingringiéndose, de esta forma, el derecho de todo ciudadano al juez natural en base a la presunción de cierta connivencia o respaldo entre aquellos jueces y los presuntos terroristas, filosofía que ciertamente no representa ninguna novedad (511). La

entrega en el plazo de setenta y dos horas puede aplazarse, siempre que se realice una propuesta a la autoridad judicial dentro de las setenta y dos horas de la detención y sea aceptada, pudiendo entonces prolongarse hasta siete días más para "fines investigadores", dice la ley (512). Esta prolongación del plazo de entrega del detenido a la autoridad carece de significación procesal, ya que no existe ninguna necesidad de mantener la detención del presunto terrorista cuando éste se niegue a declarar o, por el contrario, realice la declaración y firme voluntariamente el atestado (513); prorrogar la duración de la detención en la estancia policial puede por tanto obedecer a otros motivos distintos de los "fines investigadores", para los que en virtud de la LECr, no están facultados los agentes de la autoridad.

Si a la existencia del plazo de diez días, se une la facultad que le concede a la propia autoridad que haya decretado la detención, que puede ser y de hecho es así en la mayoría de los casos, gubernativa, de ordenar la incomunicación del detenido (514) en las condiciones del artículo 527 de la LECr, restringiendo por consiguiente la asistencia letrada, impidiendo la comunicación con cualquier familiar o amigo y suspendiendo el derecho de libre elección de letrado (515) al presunto terrorista incomunicado, se llega a la conclusión de que se ha configurado un modelo de urgencia con pretensiones de eficacia intimidatoria no individual, sino colectiva, caracterizado por la desconfianza manifiesta en el sector judicial y en el de la abogacía, mediante la eliminación de un control judicial efectivo, la exclusión de asistencia letrada libre y desde el instante de la detención y el

reforzamiento de la discrecionalidad administrativa en detrimento de la seguridad, no solo del terrorista, sino del ciudadano en general. La eficacia preventiva de medidas tales como, la prolongación del plazo de entrega a la autoridad judicial en régimen de incomunicación, que favorecen la práctica de tortura (516) y malos tratos a los detenidos, es del todo cuestionable, pues, como dice GOMEZ BENITEZ, "la eficacia suele ir acompañada de la racionalidad, y la mayoría de las leyes excepcionales con motivo del terrorismo son estrictamente irracionales.... El sacrificio de las garantías jurídicas básicas que comportan estas leyes suele ser innecesario" (517).

Por otro lado, es discutible que la prórroga se decida dentro de las setenta y dos horas siguientes a la práctica de la detención y no dentro del plazo de veinticuatro horas, que es el máximo del que dispone el agente de la autoridad para comunicar al juez tal detención (518). Considero que la única interpretación posible, es la consistente en que la decisión sobre la prolongación de la detención debe adoptarse en el periodo de cuarenta y ocho horas, a partir de la práctica de la detención, ya que es el tiempo imprescindible para que el funcionario transmita la información de la privación de la libertad dentro de las veinticuatro horas siguientes a su realización y el juez decida en las veinticuatro horas siguientes a la comunicación, y no dentro de las veinticuatro horas posteriores al plazo de entrega, pues ello sería señal de que el detenido ha permanecido en la estancia policial más tiempo que el que la propia Constitución permite. La infracción de esta garantía o la utilización injustificada de tales facultades (519)

daría lugar al delito de detención ilegal, y no al del 194 del código penal como establece el propio artículo 18 de esta ley, ya que, como hemos venido repitiendo, su naturaleza subsidiaria impide la aplicación cuando en tal supuesto existe un tipo penal más específico.

#### 4. NATURALEZA DEL DELITO.

##### A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Tras al análisis de la conducta de este delito consistente en "practicar ilegalmente cualquier detención", y el estudio del contenido del elemento "ilegalidad", hay que seguir manteniendo que el bien jurídico protegido en el mismo no es otro que la "seguridad", entendida como el conjunto de garantías con que cuenta el ciudadano, en el procedimiento de privación de libertad, frente a la actuación del Estado a través de sus representantes.

De ello se derivan dos importantes consecuencias en torno a su naturaleza: que el tipo de injusto se realiza mediante el desarrollo de la acción, sin que sea necesario la afección del objeto de la acción, separable de ella espacio-temporalmente (520), por lo que basta la mera infracción de la garantía correspondiente, al tratarse de un delito de simple actividad (521). Y en segundo lugar, que estamos en presencia de un delito de naturaleza esencialmente instantánea.

##### B) CONSECUENCIAS DE SU NATURALEZA DE SIMPLE ACTIVIDAD.

El carácter de simple actividad, repercute en dos materias distintas, como son, la aceptación o no de relación de causalidad, y de la modalidad de comisión por omisión. En cuanto a la primera, el problema se reduce a la exigencia de los criterios de imputación objetiva en los delitos de simple actividad. Si concluimos que el ejercicio de tales delitos no necesita de

los principios informadores de la imputación objetiva, ello supondría una desventaja comparativa en relación a los delitos de resultado (522), ya que si en estos el resultado es insuficiente en los supuestos de imprevisibilidad, en los delitos de simple actividad la falta de previsión carece de trascendencia valorativa. Lo que además significaría la reducción del concepto de imputación objetiva al criterio de la relación de causalidad, elemento que, efectivamente, nunca podrá darse en delitos como los de simple actividad, caracterizados por la falta de un resultado, en el sentido tradicional de modificación del mundo exterior, abandonando los principios normativos del riesgo permitido o el fin de protección de la norma, que sí conforman los delitos de simple actividad (523).

Por el contrario, entiendo que no existe ninguna razón válida para excluir tales criterios en estos delitos, pues, como dice TORIO LOPEZ, "La imputación objetiva en una exigencia general interna al sistema, es la manifestación de un principio metódico superior, que se disemina por todos y cada uno de los campos del sistema penal" (524). Ahora bien, ello no oculta la dificultad de que en la realidad se produzca una falta de previsión en el delito objeto de estudio, caracterizado por un resultado -infracción del bien jurídico-coincidente temporal y espacialmente con la acción desarrollada.

En relación a la posibilidad de realización de los delitos de simple actividad por comisión por omisión, la doctrina dominante ha rechazado su admisión (525), en base fundamentalmente a la inexistencia de resultado y a la infracción de la función de garantía

del tipo penal (526). Pese a las razones de carácter formal utilizadas, entiendo admisible la realización de los delitos de actividad por medio de la modalidad de comisión por omisión siempre y cuando, como expone LUZON PEÑA, "la ley haya previsto y equiparado expresamente la modalidad omisiva a la actividad" (527), lo que ocurre en el delito de detención ilegal practicada por funcionario público del 184 del c.p., ya que, al ser una norma penal en blanco, configurada en base a la legislación procesal-constitucional, se exige el pleno respeto de los casos, formas y garantías en un plano de equivalencia entre las actuaciones comisivas y omisivas. De esta forma el delito se comete, por ejemplo, tanto en los supuestos en los que la infracción de las garantías se realiza mediante el ejercicio de una conducta positiva de maltrato al detenido, como los caracterizados por la omisión en relación a la información de las razones de la detención, o a los derechos que le corresponden. Derechos estos de los que el funcionario es garante en virtud del artículo 17 de la Constitución y del artículo 520 de la LECr.

#### C) INSTANTANEIDAD Y PERMANENCIA.

En base a las características del bien jurídico, la naturaleza de este delito transcurre entre la instantaneidad y la permanencia (528). Esta ambivalencia, encuentra su fundamento en la peculiaridad de un interés, no limitado exclusivamente a la libertad de movimientos, que se extienden al conjunto de garantías que todo ciudadano ostenta en el proceso de privación de libertad. Si aceptamos esta premisa, habrá que concluir, que el delito se consuma en el instante mismo en que resulta afectada cualquiera de estas garantías, de for-

ma que el funcionario que al practicar la detención no respete alguno de los derechos del detenido previstos en el artículo 17 de la Constitución, consuma el delito, pese a cumplir los posteriores trámites legales de entrega del detenido a la autoridad judicial en el plazo correspondiente. En este supuesto, estaríamos en presencia de una detención ilegal, donde el estado antijurídico cesa, en el preciso momento en que se infringe tal garantía sin que se perpetúe en el tiempo, la lesión del bien jurídico. Se trataría, por tanto, de un delito instantáneo, pues "se consuma al instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera" (529).

Este esquema general, si bien es válido para la mayoría de las garantías que conforman el concepto de "seguridad" que he venido utilizando, carece de sentido cuando el derecho infringido es precisamente el plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial. En efecto, así como en las demás garantías la infracción y consumación es instantánea y coincide con el cese de la lesión al bien jurídico, en el supuesto de infracción del plazo de detención, la lesión del interés también es instantánea, pero la situación antijurídica permanece desde que se supera el tiempo estrictamente necesario para realizar las diligencias preparatorias hasta que se produzca, o bien la libertad del detenido o la entrega a la autoridad judicial. A diferencia de las restantes garantías, en la infracción del plazo de detención el estado antijurídico se prolonga en el tiempo, hasta que se efectúe la entrega o puesta en libertad del detenido, por lo que el hecho se renueva continuamente, dependiendo exclusivamente de la voluntad del funcionario que realiza la privación de libertad (530).

La detención ilegal, en su modalidad de infracción del plazo de entrega o puesta en libertad, tiene naturaleza eventualmente permanente, que posibilita entre otras cosas la legítima defensa del ciudadano, algo que no ocurriría en el supuesto de que su carácter fuese instantáneo, ya que al consumarse la ilegalidad en el momento de la infracción de la garantía, faltaría el requisito de la actualidad de la agresión, reduciéndose el campo de resistencia al ámbito del estado de necesidad. Al mismo tiempo, se amplían las formas de participación distintas al encubrimiento y autoría, al prologarse el estado antijurídico y no reducirse al momento de la infracción.

La doctrina, en general, ha venido defendiendo la naturaleza permanente del delito de detención ilegal, motivada esencialmente por el modelo estructural impuesto, que limitaba la sistematización de los delitos contra la libertad a la defensa de la libertad de movimientos, con exclusión de cualquier otra garantía (531). En España la discusión se ha centrado únicamente en la naturaleza del delito de detención ilegal de particulares, aunque, por la directa repercusión en la materia objeto de este estudio, considero necesario su análisis.

Uno de los primeros autores que definió el carácter del delito de detención ilegal, fué QUINTANO RIPOLLES, al considerar que tenía naturaleza instantánea pero efectos continuados (532), tesis compartida en la actualidad por un sector jurisprudencial (533), tal planteamiento confunde la instantaneidad con la permanencia relativa, como ya denunciara ANTONI ISEI (534), puesto que si los efectos continúan tras la infracción del bien jurídico, sólo significa que la consumación

no se produce en el instante de la privación de la libertad sino al finalizar el estado antijurídico, por lo que habría que hablar de permanencia y no de instantaneidad. Frente al planteamiento que defiende la naturaleza instantánea del delito de detención ilegal, la tesis dominante diferencia según sea la modalidad utilizada en la privación de libertad, así y en opinión de CORDOBA RODA, "Mientras que el encierro privativo de libertad no puede ser concebido sin el transcurso de un cierto tiempo, la detención no excluye la posibilidad de la consumación instantánea" (535), con ello se está reduciendo el ámbito de la discusión a la aceptación o no de delitos absoluta o eventualmente permanentes, delitos que exigen la permanencia del estado antijurídico en su configuración, o por el contrario, que tan solo admiten en determinadas ocasiones la prolongación del estado antijurídico, ostentando naturaleza instantánea cuando tal prolongación no se produzca.

La jurisprudencia, ha defendido indistintamente la naturaleza instantánea o permanente de este delito, según el medio utilizado en la privación de libertad. Añadiendo, al argumento de que la consumación se produce, aunque la privación de libertad durase pocos momentos (536), el carácter de permanencia de la acción continua (537).

En mi opinión, el delito de detención ilegal de particulares, tanto en su modalidad de "encierro" como en la de "detención", tiene carácter eventualmente permanente, por lo que su naturaleza no depende directamente del medio utilizado, sino de la existencia o no de prolongación en la privación de libertad, pues pueden existir encierros que sean instantáneos y detencio-

nes que, por el contrario, se extiendan durante un plazo elevado. Esto no oculta que, en principio, el método "detención" favorezca la interpretación de una privación corta de libertad, caracterizada por la consumación instantánea y la no continuidad del estado antijurídico, mientras que por el contrario, el "encierro" parece exigir, normalmente, el desarrollo de un determinado plazo, que evidenciaría su naturaleza permanente. La clave, radica, no tanto en el medio empleado, como en la extensión de la privación de libertad, y en consecuencia el instante en el que pueda considerarse que una persona ha sido restringida en su libertad de movimientos y el momento en que recupera la libertad de acción.

Volviendo al tema que nos ocupa, es decir, a la naturaleza del delito de detención ilegal de funcionarios, la doctrina se ha expresado de modo completamente opuesto, ya que, frente al criterio de absoluta permanencia defendido por VIVES ANTON (538), opone BUSTOS RAMIREZ el carácter instantáneo (539). El argumento de VIVES ANTON se basa en que la existencia misma de la detención exige el transcurso de un lapso mínimo de tiempo para evitar que conductas penalmente irrelevantes constituyan el tipo, y cita en su apoyo determinadas sentencias (540).

Este planteamiento es rechazable, en primer lugar, porque las sentencias que cita dicen precisamente todo lo contrario, es decir, que basta para que se produzca el delito con que la detención dure pocos instantes (541), y en segundo lugar, porque si la detención se construye, no ya en referencia a la privación de libertad, sino a la infracción de las garantías, la

conducta del funcionario será ilícita, sea cual sea la duración de la privación de la libertad, por lo que la simple obstaculización contraria a la voluntad del ciudadano y a la legislación vigente, conformará el delito de detenciones ilegales y no el de coacciones, siendo la naturaleza instantánea o permanente según la prolongación del estado antijurídico, que se determina en base a la puesta en libertad o la entrega a la autoridad judicial.

Por contra, la tesis de BUSTOS RAMIREZ basada en la instantaneidad del delito de detención ilegal practicado por funcionarios, se encuentra con el inconveniente al que aludí con anterioridad, esto es, que se impediría el ejercicio de la legítima defensa al ciudadano en los supuestos en que se supera el plazo legal de detención, así como cualquier otra forma de participación en el delito que no sea el encubrimiento. Pero además, con este planteamiento se concede el carácter de instantaneidad a una conducta eventualmente permanente, ya que el estado antijurídico se prolonga mientras dura el exceso del plazo.

En conclusión, la esencia del 184 radica en la infracción de cualquiera de las garantías que conforman el bien jurídico, razón por la que será un delito instantáneo, siempre que la infracción del bien jurídico no cree un estado antijurídico duradero cuyo final depende del funcionario que realiza la detención, lo que ocurrirá en todos los supuestos, salvo en los que la lesión recaiga en el plazo de detención, ya que en tal caso, estamos ante un delito eventualmente permanente, por la posibilidad existente de que el estado antijurídico se renueve de modo constante hasta la finalización de la detención.

## II. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL DELITO DE PRACTICA ILEGAL DE DETENCION POR FUNCIONARIO PUBLICO.

### 1. CONTENIDO DEL DOLO.

Si el contenido del dolo se conforma en base al conocimiento y volición de la realización de los elementos objetivos del tipo (542), en el delito de detención ilegal de funcionarios la construcción del dolo gira en torno a la aceptación del elemento "ilegalmente" como de valoración global del hecho integrante del tipo objetivo (543). De aceptarse la tesis que vengo sosteniendo sobre tales elementos de valoración, sería objeto de las vertientes cognitivas y volitivas el contenido del elemento ilegalidad, perteneciendo a la antijuridicidad la valoración del mismo. Esto significa que la conducta del funcionario es dolosa siempre que posea un conocimiento real o actual de los supuestos que constituyen la ilegalidad de la conducta y persiga su realización, sin que sea exigible una valoración jurídica de tales supuestos en el plano de tipicidad. La trascendencia de tal planteamiento alcanza la teoría del error, ya que el error sobre el supuesto de hecho será de tipo y el error sobre la valoración, de prohibición (544). De este modo, en los supuestos de error "in persona vel in objecto" y de Aberratio ictus en los que el funcionario yerra sobre las características que determinan la identidad del detenido o detiene a una persona distinta a la prevista, respectivamente, estaríamos ante errores de tipo en los que habría que distinguir entre los casos en los que el funcionario tiene base objetiva suficiente como para pensar que el individuo que detiene se encuentra en alguno de los supuestos previstos por la LECr, o, por

el contrario, tal decisión es producto de la carencia de información o de la presencia de elementos meramente subjetivos. En el primero de los supuestos se daría un error de tipo invencible, previsto expresamente por el artículo 492,4 de la LECr, al exigir al agente de la Autoridad la práctica de la detención siempre que existan "motivos racionalmente bastantes para creer en la participación de tal persona en la comisión de un delito" (545). En consecuencia, la ausencia de dolo en el funcionario que detiene, tras previa información, con elementos objetivos suficientes, determina la exclusión de la responsabilidad criminal, al constituirse el artículo 492,4 en una previsión expresa del artículo 6 bis a), 1º (546).

En el segundo supuesto descrito, por el contrario, es la falta de información requerida o la ausencia del cuidado debido, el que favorece la detención, por lo que se trataría de un error de tipo vencible, siendo aplicable las reglas generales prevista en el artículo 6 bis a), 2º (547). La aplicación de tales reglas a estos supuestos determina la ausencia del dolo, ya que el funcionario, aunque conoce el contenido del elemento "ilegalidad" no tiene intención de realizarlo, pero al omitir el cuidado debido, al carecer de los indicios racionales objetivos suficientes como para considerar que el detenido ha participado en la comisión de un delito, permanece intacta la forma culposa, siempre que se acepte que este delito la admite.

## 2. EL DELITO CULPOSO DE DETENCIÓN ILEGAL PRACTICADO POR FUNCIONARIO PÚBLICO.

Antes de proceder al análisis de la aceptación

o no en España de la posibilidad de comisión culposa del delito de detención ilegal practicada por funcionario, es conveniente comprobar el estado de la cuestión en Alemania Federal, Italia y Francia, sin que ello signifique que sea posible, en la mayoría de los casos, trasladar los planteamientos allí realizados a nuestro ordenamiento, debido a la diferente estructura sistemática que, en relación al bien jurídico, se sostiene.

#### A) CRITERIOS DE DERECHO COMPARADO.

En Alemania Federal no se admite la forma culposa del delito de detención ilegal del parágrafo 239, ya que al poseer un sistema de *numerus clausus* y excluirse expresamente la comisión culposa en este delito, favorece la interpretación doctrinal que exige en la realización del tipo subjetivo la existencia del dolo, aún en su modalidad de eventual (548). El contenido del dolo se reduce a la anulación de la libertad de movimientos y no a la ilegalidad del hecho (549).

En Italia, tanto el secuestro de persona en su modalidad agravada de privación de libertad realizada por un funcionario público, como el arresto ilegal, se construye en base a la idea de "abuso de poder" (550). Ello conduce a la mayoría de la doctrina y jurisprudencia italiana a exigir un "dolo específico", en el que, junto al conocimiento de la privación de libertad realizada, une la exigencia de saber que se abusa de las funciones inherentes al cargo que se ostenta, excluyendo la comisión culposa, que sólo puede dar lugar a la aplicación de medidas disciplinarias (551). En efecto, al considerarse, como hace NOSEDA, que "el abuso de funciones debe ser el efecto de la voluntad

consciente y determinada que se manifiesta en el acto que tiene por finalidad la satisfacción de un impulso y el no cumplimiento del deber", se favorece el planteamiento que excluye la comisión culposa en tales delitos cuando el funcionario se excede de sus atribuciones por "exceso de celo" o impericia (552).

Sólo un sector minoritario encabezado por ANTO-LISEI ha rechazado tal configuración del dolo, al reducirlo al conocimiento de la privación de la libertad de movimientos sin que se exija la conciencia de abusar de los poderes inherentes a la propia función, motivo por el que es perfectamente imaginable la comisión de un delito de arresto ilegal en desarrollo de principios tales como el exceso de celo o un mejor servicio a la justicia (553). Ahora bien, una figura como la del arresto ilegal que conjuga el abuso de poder con la finalidad pública de entregar el detenido a la autoridad, es difícilmente practicable, ya que como afirma GARAVELLI, "La falta de decisiones judiciales en los últimos 10 años sobre los artículos 606-607, denuncia la escasa relevancia práctica de las acciones de los funcionarios que, con la intención de poner al arrestado a disposición judicial, dolosamente proceden a un arresto abusivo, siempre con dolo" (554).

La existencia de términos como el "arbitrario", que aparece en el artículo 114 del código penal francés, ha condicionado a la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia francesa, que basan el contenido del dolo, no sólo en el conocimiento de la privación de libertad, sino también en el conocido concepto de abuso de funciones. Para que el funcionario actúe dolosamente se precisa que conozca la extralimitación de sus funciones,

que desee actuar abusivamente, de modo que faltando este requisito por exceso de celo, "profesionalidad", ignorancia o error, no sería responsable, dado que la comisión culposa tan solo da lugar a responsabilidad civil (555). Solo GASSIN ha cuestionado este planteamiento doctrinal, al considerar que "estas tesis privan de eficacia al 114, ya que es imposible demostrar que el funcionario que procede al arresto ilegal no está equivocado en el conocimiento de la ley y su aplicación, o la viola deliberadamente" (556).

B) PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL EN ESPAÑA.

En España la jurisprudencia, mediante una concepción del "dolus malus", ha exigido normalmente la existencia de un "dolo específico" en el delito de detención ilegal practicado por funcionarios (557), cuyo contenido no era otro que "la conciencia plena absoluta y segura que tiene el agente ... de que la detención que ordena o realiza es ilegal; es decir, que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución; pero cuando el funcionario o autoridad que acuerda o ejecuta la detención, tiene la fundada creencia de que un sujeto haya realizado un acto o serie de actos atentatorios al orden público y la persona que la realiza tiene por misión mantenerlo, proveyendo a la seguridad pública y social, no hay dolo específico" (558). Por esta razón y salvo alguna excepción (559), se ha rechazado la admisión del delito culposo de detención ilegal efectuado por funcionario público.

Por otro lado, en la doctrina existen dos tesis sobre la admisión del delito culposo de detención ile-

gal de funcionarios; una primera, que sustenta la imposibilidad de comisión culposa, y una segunda que sostiene, por el contrario, que tales formas son perfectamente realizables.

La primera de estas tesis, fue ya defendida por VIZMANOS, que en base a los requisitos de ilegalidad exigidos por el artículo 286 del código penal de 1848, consideraba que el delito de detención arbitraria requería la actuación "a sabiendas" y en definitiva "maliciosa" del funcionario, siendo impracticable la comisión culposa (560). En un similar sentido, aunque sometido a excepciones, RODRIGUEZ RAMOS ha calificado este delito de "intrínsecamente doloso" (561) al requerir que el funcionario que realice la detención "conozca la ilegalidad de la misma y proceda a su ejecución por motivos distintos a aquellos que permiten las leyes" (562). Este planteamiento de RODRIGUEZ RAMOS es a su vez contradictorio con la admisión que posteriormente este autor realiza, de la comisión culposa en los artículos 185, 186 y los números 1,2 y 7 del 187 y 1,4,5 y 6 del 188, puesto que la naturaleza del delito del 184 es exactamente la misma que la de los restantes preceptos que prevén la detención de funcionarios (563). Finalmente, ha sido VIVES ANTON quien ha establecido los criterios que, según él, imposibilitan la realización culposa del delito que se analiza. Tales criterios se apoyan, primero, en la fórmula típica "practicar", ya que "practicar es llevar a cabo algo que ha sido pensado con anterioridad obrando, pues, en un sentido anticipado por la mente" (564), y en segundo lugar, en la existencia de un elemento subjetivo basado en la actuación del funcionario con finalidad pública (565).

Frente a esta tesis se mantiene aquella otra,

que sí considera posible la realización culposa de este delito (566), aunque mantiene dudas estructurales sobre tal posibilidad. Este sería el caso de BUSTOS RAMIREZ que, tras reconocer que "desde un punto de vista conceptual ... no hay dificultad alguna para concebir un delito culposo de práctica ilegal de detención ... desde un punto de vista estructural ... requiere un elemento de valoración global del hecho, constituido por la ilegalidad que en definitiva significa valorativamente la existencia de un abuso o arbitrariedad injustificada por parte de la intervención del Estado" (567).

De los argumentos expuestos, destacaría el sostenido por VIVES ANTON en referencia al elemento subjetivo "finalidad pública y el concepto de abuso de poder, como límite descrito por BUSTOS RAMIREZ, como los principales obstáculos con los que se encuentra la admisión de las formas culposas en el delito de detención ilegal realizado por funcionarios. En relación a la existencia de un elemento subjetivo consistente en la finalidad pública, que condiciona la naturaleza exclusivamente dolosa de este delito, es necesario precisar que la finalidad pública no pertenece a la categoría clásica de elementos de tendencia interna trascendente, ni a los de tendencia interna intensificada, sino que tan sólo es el objeto de referencia utilizado en la delimitación entre los tipos penales 184 y 480. Ello significa que tal elemento es simplemente una de las vertientes del elemento normativo "funcionario público", que exige en su desarrollo el ejercicio de una determinada función pública, que en el supuesto concreto de la detención, recae en la misión del funcionario de entregar el detenido a la autoridad judicial o dejarle en libertad si decaen los indicios racionales de criminalidad. La esencia de esta finalidad en el funcionario

que practica la detención, convierte a ésta en ilegal, pero no tipificable a través del artículo 184, sino a través del 480, ya que la detención realizada por un funcionario con finalidad exclusivamente privada, convierte automáticamente la detención en un delito de particulares, al carecer del elemento básico que caracteriza el concepto de funcionario: la función pública (568).

De lo anterior, se desprende que la comisión culposa es admisible siempre que el funcionario omita el debido cuidado, ya que el dolo se conforma, sólo cuando el funcionario conoce el contenido del elemento "ilegalidad" y quiere realizarlo con la finalidad pública de entregar el detenido al juez o ponerlo en libertad ante la ausencia de indicios de criminalidad.

Por otra parte, es incorrecto el planteamiento de BUSTOS al mantener la equivalencia entre el elemento ilegalidad y el abuso o arbitrariedad injustificada por parte de la actuación del Estado, ya que, no sólo es una contradicción con respecto a la tesis que reduce al delito de particulares, la detención que no obedece a finalidades públicas, sino que ello supone elevar a la categoría de interés protegido el concepto de abuso de poder, que tan solo puede llegar a ser el medio utilizado en la comisión del delito de detención (569). Esto significa que el conocimiento del contenido de la ilegalidad no contiene el del abuso del poder que se ostenta, pues es posible que incluso no concorra en la realización práctica del delito.

En conclusión, y dado el actual modelo de numerus apertus en relación al delito imprudente, no hay

ningún obstáculo que impida la existencia del delito culposo de detención ilegal practicado por funcionario, ya que ni la presencia del elemento subjetivo referido a la función pública, ni el concepto de abuso de poder como característica del modo de actuación del funcionario, llegan a ser argumentos válidos en la exclusión de las formas culposas, como hemos tenido ocasión de comprobar.

### III. CAUSAS DE ATIPICIDAD.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La presencia en el tipo objetivo del delito de detención ilegal practicado por funcionario del elemento ilegalidad, como juicio de valor genérico, absorbiendo parte del contenido de la antijuricidad, con la excepción representada por la valoración en sí misma que sigue perteneciendo a aquel plano, condiciona el que circunstancias que habitualmente son causas de justificación, aquí sean la base del juicio de valoración y por tanto pertenezcan al tipo, excluyendo en caso de concurrir la tipicidad (570). Por esta razón, las eximentes de cumplimiento del deber o la obediencia debida, no justifican la conducta sino que la convierten en atípica (571).

#### 2. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER EN EL DESARROLLO DE LA FUNCION PUBLICA "DETENCION".

##### A) INTRODUCCION.

El funcionario policial, en cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 492 de la LECr, debe efectuar la detención en determinados supuestos. El ejercicio de tal deber exige, como contrapartida, la afección de otros bienes jurídicos, como la libertad o la integridad física del detenido (572).

La singularidad de un delito, donde la ilegalidad es parte integrante del tipo, convierte las eximen-

tes del artículo 8,11 y 12 en verdaderas causas de atipicidad, dado que el ordenamiento jurídico no puede obligar al funcionario a realizar privaciones de libertad en el desarrollo de un interés como la función pública, y al mismo tiempo considerar tal conducta como típica por la infracción de otros valores, como la libertad. En definitiva, el legislador ha considerado preferible sacrificar estos intereses en defensa de una función pública como la detención, a la que considera cualitativamente más importante, de forma que cuando el funcionario actúa en cumplimiento del deber indicado en la LECr, no incurre en una acción típica sino que obra conforme a derecho. No se trata de justificación sino de atipicidad.

Antes de proceder al análisis de los requisitos esenciales en la aplicación de esta eximente, es conveniente exponer cuál es el estado de la cuestión en el Derecho Comparado (573), y fundamentalmente en Alemania Federal, donde la aparición reciente de tesis que rechazan la especialidad de la legislación administrativa policial en favor del estado de necesidad y legítima defensa y las que propugnan la división de la antijuridicidad en base al criterio de estricta antijuridicidad penal, ha favorecido la extensión del margen de discrecionalidad policial en detrimento de las garantías que, a través de los requisitos de oportunidad y proporcionalidad, exigía la legislación de los Länders.

B) ESTUDIO DEL EMPLEO DE LA COACCION ESTATAL COMO JUSTIFICACION EN ALEMANIA FEDERAL.

a) Criterios que determinan el empleo de la coacción estatal en la práctica de la detención.

La ausencia de previsiones legales sobre el uso de la violencia en general, y sobre el empleo de las armas de fuego en particular, al efectuar la detención en el StPO, no impide que en base a las indicaciones de los artículos 72,1 y 74,1 de la GG, sirvan como referencia los requisitos establecidos en la legislación de los Länders (574).

En atención a estas disposiciones, el uso de la violencia en el ejercicio de la detención es delimitado por los principios de menor lesividad, inspirado en el artículo 2,2 de la GG en relación al fundamento de general inviolabilidad de la vida o integridad física del individuo, el de proporcionalidad en su doble vertiente de selección del medio menos peligroso ex ante, y ser producto del criterio de ponderación de intereses (575), y el de oportunidad, basado en el meti culoso análisis que todo funcionario debe realizar antes de proceder a la intervención del medio aplicable (576). De tales elementos, el último carece de eficacia debido al amplio margen de discrecionalidad que originan conceptos jurídicos indeterminados como "peligro", "seguridad pública", etc. La concretización de tales supuestos supone, en la práctica, la libre elección del medio, ya que el examen no está sometido a ningún tipo de restricción legal, lo que ha conducido a WAGNER a proponer, como modelo de examen a realizar por el funcionario que se encuentra ante la comisión de una conducta que cree un peligro actual para la seguridad pública, los requisitos siguientes: el policía debe, en

primer lugar, analizar el alcance del peligro, y a continuación preguntarse sobre el contenido de sus obligaciones, que determinará la elección concreta del medio entre los necesarios para la represión de tales hechos (577).

Ahora bien, el problema no reside en la hipotética errónea valoración del funcionario sometido normalmente al "privilegio estatal del error" del que hablaba JELLINECK, sino en la presencia misma de conceptos jurídicos indeterminados que favorecen cualquier interpretación del funcionario en torno al uso de la violencia aplicable al caso concreto, careciendo, por tanto, de toda viabilidad como garantía frente a la actuación de los representantes estatales. En realidad, no importa tanto el medio seleccionado en la supresión del peligro o en defensa de la seguridad pública, como el contenido otorgado artificialmente al concepto de peligro o seguridad.

En cuanto al derecho de uso de arma de fuego (Waffengebrauchsrechts), los requisitos exigidos son, en general, distintos y más estrictos que los que afectan al empleo de la violencia, por el mayor y evidente riesgo que para la vida o integridad física de la persona a la que se va a detener conlleva. De esta manera, los principios que determinan el uso de arma de fuego en las actuaciones públicas estatales, se regulan en la Ley sobre la aplicación de medios violentos por el poder público a través del Vollzugsbeamte des Länders (UZWG) de 22 de Junio de 1970 (578).

El criterio del que se parte en esta materia, radica en que el empleo del arma de fuego sólo debe

responder a la función preventiva de conminación (579) salvo, lógicamente, en aquellos otros supuestos en los que exista un grave riesgo para la vida o integridad física de alguien, entre los que se incluyen la comisión de delitos flagrantes o cuasi flagrantes y las huidas caracterizadas por la condición de ir armado del presunto autor de las mismas (580). En tales supuestos, el funcionario debe siempre realizar una labor de intimidación mediante el aviso previo (Halt, oder ich schieße!), y respetar los criterios de necesidad y de estricta proporcionalidad en la selección del medio aplicable (581).

Respecto a la conducta consistente en el disparo a matar doloso contra el que huye, ROXIN es categórico cuando afirma que "está absolutamente prohibido el empleo de arma de fuego con peligro de muerte final, en base a los principios de presunción de inocencia y al principio de proporcionalidad, motivos centrales del artículo 102 de la GG" (582). En opinión del citado autor, y en base a que el artículo 102 de la GG ha derogado la pena de muerte, tan sólo es posible el disparo cuando la persona que inicia la huida está dotada de arma de fuego y pone en peligro la vida e integridad física de alguna persona (583). Tal opinión ha sido matizada por un sector doctrinal, uno de cuyos representantes es WINTERFELD, al considerar que a veces en necesaria la muerte del que huye siempre que el disparo se realice por un funcionario con competencia objetiva y funcional, se desarrolle un examen previo de los posibles medios de defensa aplicables en base al principio de proporcionalidad y exista necesidad absoluta de la muerte (584). Pese a estas exigencias doctrinales, según WAGNER, el arma de fuego se sigue utilizando esen

cialmente contra el motorista que hace caso omiso a la orden de alto policial o en aquellos supuestos en los que se pretende poner fin a un secuestro (585), casos en los que generalmente no existe un peligro actual para la vida o integridad de nadie.

Posteriormente, el Musterentwurf (ME) eines einheitlichen Polizeigesetzes (586), ha establecido como criterios rectores de la coacción estatal y en concreto sobre el uso de arma de fuego, los siguientes principios: Sólo puede hacerse uso del arma de fuego, en los supuestos de peligro actual para la vida o integridad física de alguien (587), para impedir la comisión de un delito en flagrancia, donde el presunto autor utilice arma de fuego o explosivo (588), o bajo hipótesis especiales con el propósito de detener para impedir la huida (589).

En relación a la muerte dolosa prevista en el artículo 41,2,2º del ME, WILFRIED LANGE considera que tal artículo el legitimar el disparo mortal "no limita, sino que abre un espacio a la pena de muerte por la puerta falsa" (590). En efecto, esto es así, ya que mientras el derecho policial tan solo admite el disparo en los casos en los que existe inminente peligro para la vida o integridad física de alguien, y como máximo en los supuestos de huida de persona armada, el ME formula hipótesis de carácter especial que contradicen, no solo la legislación administrativa, sino también, el parágrafo 32 del StGB. Aquí es precisamente donde reside el peligro, pues se está asistiendo al desarrollo progresivo de un proceso involutivo de recorte de las garantías individuales, al aceptarse la vías que ofrecen tanto el estado de necesidad justificante como la

legítima defensa en los supuestos en los que se emplea el arma de fuego en circunstancias no previstas por la legislación administrativo-policial o incluso contrarias a la misma a la misma. Al jugar con las denominadas "hipótesis especiales", se reduce el pabel del de la ley especial que en este caso es el derecho policial, en favor de otras causas que favorecen y justifican el uso de la violencia mediante una degradación del requisito de proporcionalidad.

Esta fórmula, mantenida por la doctrina y jurisprudencia alemana en general, al considerar aplicables tanto el parágrafo 32 como el 34 del StGB en los casos en que se produce un exceso, una extralimitación de las funciones que la legislación policial otorga al funcionario, plantea la interrogante en torno a si la utilización de métodos contrarios a la normativa procesal y administrativo policial pueden integrarse en tales causas de justificación o si, por el contrario, el ilícito administrativo condiciona la ilegalidad en general, y por tanto penal, de la conducta.

b) Diversas tesis sobre la posibilidad de aplicar los parágrafos 32 y 34 del StGB a ilícitos policiales.

Sobre este tema, se han desarrollado en Alemania Federal dos planteamientos diferentes; en el primero, sólo excepcionalmente se acepta la aplicación de dichas causas de justificación, ya que se sostiene el carácter especial de la legislación administrativo-policial, y consecuentemente, su competencia exclusiva en esta materia. En el segundo, -dominante en la actualidad-, por el contrario, se mantiene que no existe razón

alguna que permita la exclusión del estado de necesidad justificante o la legítima defensa. Ahora bien, en el seno de esta última tesis se ha producido un movimiento alternativo, que, teniendo como fundamento diferentes argumentos de fondo, pretenden limitar la excesiva amplitud de la misma.

a') Tesis amplia.

La tesis de carácter amplio que admite la aplicación de los parágrafos 32 y 34 del StGB a supuestos de ilícitos administrativos-policiales, justifica su posición en torno a las siguientes consideraciones: Tanto el estado de necesidad justificante, como la legítima defensa, son principios generales que no contienen restricción alguna respecto a las conductas de los representantes del Estado. De ello se deriva que la infracción de la normativa procesal y administrativa por parte del funcionario, no condiciona ni determina, per se, la ilicitud del hecho, que depende exclusivamente de la coetánea conculcación de aquellas causas de justificación (591). Tal argumentación se basa fundamentalmente en el artículo 2,2 de la Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que admite la muerte siempre que sea absolutamente necesaria, tanto en los supuestos de defensa de una persona contra una agresión ilegítima, como en la detención conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente (592), y también en el hecho de que la propia legislación administrativa no excluya expresamente el juego de tales causas de justificación (593).

b') Tesis estricta.

Frente a estas consideraciones, surge una tesis de carácter estricto, que sólo admite la utilización del estado de necesidad justificante en los supuestos en los que el funcionario precisa en su propia defensa personal, de los requisitos que proporciona tal causa de justificación (594). Ello se debe, a que la admisión de las causas de justificación en las actuaciones de los representantes del Estado, es contraria a los principios del Estado de Derecho, llegando a afirmar HIRSCH que "las intervenciones de la autoridad en el ámbito de la libertad de los ciudadanos deben juzgarse de acuerdo con los preceptos del derecho administrativo, procesal y constitucional" y no en base al parágrafo 34 del StGB (595).

En resumen, el rechazo de la admisión de tales causas de justificación a los supuestos de ilícitos policiales se basa en: Se incumple el principio de reserva de ley ya que no solo falta la concreción objetiva del parágrafo 34, sino y fundamentalmente, porque en estos casos sería el Estado el que cumpliría la función del legislador mediante la extensión de sus facultades, atribuyéndose las competencias necesarias en cada caso concreto (596). Al utilizarse las causas de justificación, no como medio de ampliar las garantías del ciudadano sino como recorte de las mismas frente a la actuación, se está otorgando una función a los parágrafos 32 y 34 contrarios a la finalidad y naturaleza de tales causas (597). De aceptarse tal planteamiento, perdería toda su eficacia la legislación constitucional-procesal y administrativa que sobre esta materia existe, ya que los supuestos de intervención en ella

regulados, carecerían de todo valor, al justificarse la conducta del funcionario que los infringe, en base a una concepción amplia de los requisitos de racionalidad y proporcionalidad, por lo que tales garantías sólo tendrían carácter disciplinario y no condicionarían ni tan siquiera, la ilicitud de la conducta arbitraria policial.

Estos argumentos contrarios a la admisión de determinadas causas de justificación en las actuaciones estatales, han sido duramente criticados en el seno de la tesis amplia, llegando WILFRIED LANGE a afirmar que con aquella tesis "se llega a resultados absurdos, vulnerándose principios generales del derecho" (598). De este modo, se recuerda que el propio derecho policial acepta de forma supletoria la vigencia de la legítima defensa y de la ayuda necesaria del parágrafo 32, pues de lo contrario se llegaría a la incongruencia de limitar el derecho de legítima defensa al funcionario de policía que ejecuta un servicio público (599). Estas razones obligan a considerar, en opinión de tales autores, que el uso de la violencia en general se rige no sólo por las normas de la legislación policial, sino también por la más amplia del derecho de necesidad y en especial del parágrafo 32 del StGB (600).

Con la intención de evitar la excesiva amplitud de un planteamiento como el anterior, se ha desarrollado dos tesis que, admitiendo la validez de las causas generales mencionadas en el ámbito de las actuaciones públicas del Estado, pretenden reducir su aplicación, bien mediante la adopción exclusiva de los párrafos 32 y 34 a los supuestos no previstos en la legislación administrativa (601), o efectuando un desdoblamiento de la antijuridicidad por el que las causas de justifi-

cación sólo tendrían repercusión en el plano de la sanción, ya que esta no sería penal sino disciplinaria (602).

c') Planteamiento de WINERFELD.

La primera de estas tesis, sostenida entre otros por WINERFELD y KRUGER, reduce el uso de las normas de Derecho penal material, y por tanto, el estado de necesidad, la legítima defensa y la ayuda necesaria, sólo a los supuestos en los que no exista una regulación policial específica, pues si la hubiere regiría el principio de especialidad (603). Al intentar limitar de ese modo la concepción más amplia, se producen incoherencias como las expuestas por HIRSCH al manifestar que "la autorización de intervención de menor intensidad, dado que se encuentran positivamente regulados, tendría, sin embargo, presupuestos materiales y requisitos formales más estrictos que las intervenciones de más gravedad y que no están expresamente legisladas" (604).

d') Planteamiento de GÜNTHER.

La segunda de las tesis que intenta limitar el alcance de la interpretación de la tesis amplia, parte de los planteamientos de GÜNTHER, caracterizados por reducir el efecto del parágrafo 32 a la esfera de la pena y al derecho civil. Esta concepción supone un desdoblamiento del juicio de antijuridicidad, que da lugar a su vez a una doble valoración de la conducta del funcionario que infringe el ordenamiento policial, que podría ser ilícita desde la esfera del derecho reglamentario y al mismo tiempo penalmente lícita, por

lo que la sanción aplicable no puede ser otra que la que le corresponda disciplinariamente (605). En esta construcción dogmática, GUNTHER utiliza esencialmente las consideraciones realizadas por KIRCHHOF y MERTEN. Así, de la discusión doctrinal entre SCHWABE, que parte de un concepto de antijuridicidad producto de la teoría general del derecho bajo la lógica de la filosofía del derecho (606) y KIRCHHOF, para el que existen diversos conceptos de antijuridicidad en un mismo ordenamiento legal (607), siendo un ejemplo de lo anterior el propio derecho policial, cuya finalidad preventiva, que pugna con el criterio de culpabilidad penal, condiciona el que una conducta que infrinja el ordenamiento administrativo-policial, puede ser conforme a derecho por reunir los rasgos exigidos por una determinada causa de justificación (608), deduce GUNTHER que lo decisivo en esta materia es el problema de la función del elemento "antijuridicidad penal", cuya resolución no pertenece al ámbito de la teoría general del derecho o a la filosofía del derecho sino a la Dogmática jurídico-penal (609).

Por otra parte, MERTEN acepta que el párrafo 32 cubra aquellas situaciones de ilegalidad administrativo-policial, al establecer una distinción entre el contenido exclusivamente penal de las causas de justificación y la aplicación del párrafo 277 del BGB a los supuestos de ilegitimidad civil (610). En el desarrollo de esta operación, dicho autor no utiliza un concepto general de antijuridicidad sino de un concepto estricto de la misma, elaborado por la dogmática penal y con funciones de guía de las consecuencias jurídicas de zonas del derecho (611).

En conclusión, es posible afirmar que la aceptación de una tesis como la anteriormente expuesta, que se caracteriza por realizar un desdoblamiento de la antijuricidad, negando validez a las garantías constitucionales-procesales y administrativo-policiales desde la perspectiva penal, variando el contenido de las causas de justificación y delegando tal función en el ejecutivo, supondría la ruptura del principio de unidad del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, disminuiría notablemente la seguridad del ciudadano frente a las actuaciones de los representantes del Estado, ya que autoriza penalmente actuaciones contrarias a las previsiones del derecho policial (612). Por todo ello, es evidente que tales planteamientos favorecen el desarrollo de los postulados del Estado-autoritario, caracterizado por la restricción de la seguridad individual en favor del concepto clave "seguridad razón de Estado", ya que la justificación de ilícitos policiales, favorece la impunidad de las infracciones estatales de bienes jurídicos como la libertad, integridad física o la propia vida del ciudadano.

C) EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER COMO EXPRESION  
DEL EJERCICIO LEGITIMO DEL CARGO EN  
ESPAÑA.

Tras el análisis en el apartado referente al contenido de la "forma" de practicar la detención, de los criterios exigidos en la privación de libertad, y en concreto de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en el uso general de la violencia (613), es necesario comprobar cuales son los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, que actual-

mente se ofrecen en torno a los elementos adecuación, racionalidad y proporcionalidad, en relación a la aplicación de la eximente prevista en el artículo 8,11 del código penal.

a) Posición jurisprudencial.

De un primer y dominante criterio jurisprudencial que asimilaba la eximente de cumplimiento del deber a la legítima defensa (614), al exigir el requisito de agresión ilegítima como principio base de la reacción del funcionario, se ha llegado al rechazo del mismo como elemento imprescindible en la aplicación del cumplimiento del deber, afirmándose incluso que las eximentes de legítima defensa y cumplimiento del deber tienen un fundamento filosófico diferente (615).

En general, la jurisprudencia suele requerir en el uso de la violencia por los funcionarios policiales, los siguientes requisitos: en primer lugar y en relación a las exigencias de competencia objetiva, es preciso que el funcionario actúe en el ejercicio de una función pública, ejerciendo los deberes que le impone el cargo (616), en segundo lugar, la violencia y el uso de la fuerza deben ser necesarios, y obedecer al criterio de estricta racionalidad que dependen del principio de menor lesividad posible y del de proporcionalidad, en su vertiente de adecuación del medio violento a las características del caso concreto (617).

Respecto al uso de arma de fuego, junto a los anteriores criterios, se exige que se realice por el funcionario una previa intimidación, que no sea posible la utilización de otros medios, que el delito por el

que se realice el disparo sea de capital importancia, y que se efectúe sobre partes no vitales del cuerpo (618).

En el caso de no darse alguno de estos requisitos, se mantienen dos opciones diferentes; en primer lugar y tal como reiteradamente se viene exigiendo, la ausencia de necesidad en abstracto de la violencia, determina la exclusión de la eximente completa e incompleta, mientras que la falta de necesidad en concreto, si bien imposibilita la aplicación de la eximente, no ocurre lo mismo con la atenuante del 9,1 en relación al 8,11 (619). La segunda opción que tradicionalmente sigue nuestra jurisprudencia, es la de considerar como imprudente la acción del funcionario (620).

Ahora bien, si analizamos algunas de las sentencias referentes al uso de la violencia, comprobaremos como el entramado teórico no se corresponde o no suele corresponderse con la realidad, ya que se aplica la eximente incompleta en supuestos donde no existía necesidad de violencia, y la imprudencia en otros casos donde la dirección y el número de disparos, más las circunstancias que rodearon el hecho, parecen manifestar lo contrario. Algunos ejemplos que demuestran lo anteriormente expuesto, pueden ser las siguientes sentencias: la de 20 de Octubre de 1980, donde se aplica la eximente incompleta en el supuesto de un Inspector de policía que, sin efectuar la intimidación previa, disparó a la cabeza de "un simple drogadicto" que huía tras robar objetos de un automovil (621). En un caso como este, en el que se reconoce que el delito cometido no era de capital importancia, en el que los compañeros del presunto autor del robo habían sido identificados, no

siendo ya, por tanto, imprescindible la privación de libertad al no exigirlo el desarrollo de una función pública como la detención, la ausencia de previa intimidación, la "falta de proporcionalidad entre el mal ponderado y el medio empleado para repelerlo", y finalmente, la misma dirección del disparo, evidencia la falta de necesidad de cualquier tipo de violencia, pese a lo cual el TS consideró aplicable la atenuante mencionada (622).

En parecidos términos se expresa la sentencia de 24 de Febrero de 1983 (623), ya que se aplicó la eximente incompleta, descartándose la putativa, a un agente de la autoridad que disparó contra una persona en el desarrollo de unas diligencias preliminares por el simple hecho de que al abrir la puerta de la casa donde se encontraba la víctima y caérsele la pistola al suelo, se produjo un disparo fortuito como consecuencia de tal caída, que provocó, no sólo que los compañeros del agente dispararan contra aquella persona en la creencia de un inminente peligro para sus vidas, sino que el propio agente que conocía la razón del disparo, recogiendo su pistola disparase también y de modo repetido contra aquel sujeto (624).

En la de 16 de Mayo de 1983 (625) se volvió a aplicar la eximente incompleta, denegándose el error invencible, en un supuesto donde se disparó repetidamente contra un vehículo en marcha, cuyos ocupantes iban esposados en la parte trasera del automóvil, siendo prácticamente imposible la huida (626). Se justifica la aplicación de la atenuante, en base a que tan solo existió "un exceso intensivo en los medios ofensivos, desproporción e irracionalidad suficientes para despla-

zar la acción del campo de la causa de justificación y llevar el hecho al área de la culpabilidad con aplicación del 9,1" (627). En un caso como el expuesto, en el que personas esposadas y sin armas, pretenden huir, no existe la menor necesidad de hacer uso del arma de fuego, por lo que faltaría el requisito de necesidad en abstracto de la violencia, y además los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, siendo inexplicable la aplicación de la atenuante mencionada.

Esta línea jurisprudencial, cuenta con la excepción que representa la sentencia de 5 de Julio de 1985 (628), que deniega la aplicación de la eximente incompleta en un caso en el que varios funcionarios de la carcel golpearon a unos reclusos, incluso después de su reducción, ya que "como queda dicho, el exceso de rigor permitido por la ley ha sido extralimitado, y esto es lo que origina el nacimiento de la innecesidad rigorista como condicionamiento del delito aplicado" (629).

La otra opción jurisprudencial, en supuestos donde no se considera viable la aplicación de la eximente del 8,11 o la incompleta del 9,1 en relación a aquella, es la que sostiene la existencia de imprudencia temeraria en la actuación del funcionario policial, al hacer uso del arma de fuego. Así sucede en la sentencia de 18 de Marzo de 1983 (630), donde un guardia civil, tras realizar unos disparos intimidatorios, que fueron desobedecidos, comenzó a disparar de arriba a abajo en dirección del lugar donde circulaban en ese instante "unos ladronzuelos", provocando la muerte en uno y lesiones graves en el otro (631). También se suele calificar de imprudentes aquellas acciones del funcionario

policial en las que, si bien concurren los requisitos de racionalidad y proporcionalidad, se produce impericia en el manejo del arma de fuego, lo que ocurre en la sentencia de 30 de Marzo de 1983 (632) y en la de 2 de Enero de 1984 (633). En aquella sentencia, se prevé el supuesto de un conductor de un vehículo que no se detiene de noche ante las señales realizadas por un guardia civil, al ir distraído hablando con los compañeros de viaje, y fundamentalmente, por no utilizar aquél ni manguitos ni cualquier otro objeto reflectante. La reacción del agente ante la "huida", no fue otra que disparar ráfagas mediante un subfusil en dirección al vehículo (634).

Este mismo criterio se defiende en la sentencia de 17 de Febrero de 1986 (635), al considerar lícito el disparo ante la huída, en el supuesto de un guardia civil que, tras recibir la denuncia de la "tentativa de robo de una cabra", dió la orden de alto a dos personas que iban en una moto, disparando contra la parte de abajo de la motocicleta dos veces seguidas, tras la realización de dos disparos intimidatorios. El TS consideró que se trataba de un hecho imprudente, en el que no cabía considerar la impericia del funcionario (636).

Después de comprobar el estado de la jurisprudencia de esta materia, es preciso denunciar, en primer lugar, la contradicción existente entre los requisitos que teóricamente se exigen en la aplicación de la eximente incompleta y los que en realidad son suficientes, y en segundo lugar, es preocupante esa línea jurisprudencial que considera lícito el disparo contra el que inicia la huída, que ha quedado afortunadamente derogada por el artículo 5,2 de la LOFCS, salvo en los supues

7

tos de riesgo inminente para la vida o integridad física de alguien (637).

b) Posición doctrinal.

a') Principios básicos sobre la coacción estatal.

Antes de que la LOFCS estableciese como requisitos de la actuación policial en el uso de la violencia, los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad del medio utilizado (638), la doctrina penal ya había exigido, mayoritariamente, que la coacción estatal estuviese sometida a los criterios de competencia objetiva, necesidad en abstracto y en concreto (639). Ello significaba que la eximente del 8,11 se reducía a los supuestos en los que en el desarrollo de la función pública "detención", el funcionario hubiese realizado una previa ponderación de intereses y actuado proporcional y adecuadamente a las circunstancias exigidas en cada caso. Siendo, además, imprescindible la presencia de un elemento subjetivo de la justificación, que en estos supuestos no es otro que la intención de cumplir con la obligación impuesta por el cargo que se ostenta (640), esto es, efectuar la detención en base a las disposiciones del artículo 492 de la LECr. La realización del elemento subjetivo de justificación, de ningún modo supone la exigencia de que el funcionario actúe con la finalidad de obrar conforme a derecho (641), cuya inexistencia dará lugar al supuesto de error de prohibición al revés y en consecuencia al delito putativo (642). Por el contrario, la ausencia del elemento subjetivo de justificación, puede originar un error inverso en la situación de justificación, cuyo