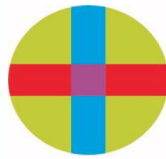


**Universidad CEU Cardenal Herrera**  
**CEINDO – CEU Escuela Internacional de**  
**Doctorado**  
**PROGRAMA en DERECHO**



**CEU**

*Escuela Internacional  
de Doctorado*

**Detenciones ilegales cometidas  
por funcionarios públicos**  
**Derecho positivo y reflejo  
jurisprudencial**

**TESIS DOCTORAL**

**Presentada por:**

**D. Julián León Camacho**

**Dirigida por:**

**Dr. D. Javier García González**

**VALENCIA**

**2021**



Para Mari Carmen y Violeta, con amor.



## **Agradecimientos**

A mi familia, como siempre, ha estado a mi lado.

A todos aquellos que de un modo u otro me han animado y apoyado en este trabajo.

Especialmente a mi Director de Tesis, Dr. Don Javier García González, por su generosidad al ofrecerme su experiencia, sus conocimientos y capacidad científica, concediéndome con ello la oportunidad de desarrollar este trabajo.

Como siempre muchas gracias.



## SUMARIO

Elección del tema objeto de análisis. Notas del autor.....	19
INTRODUCCIÓN.....	21
1.- Encaje de la Tesis Doctoral en las disciplinas científicas.....	21
2.- Elección del tema .....	21
2.1.- Antecedentes históricos.....	25
2.2.- Legislación vigente .....	29
2.3.- Justificación del tema .....	32
3.- Objeto de estudio e hipótesis .....	35
4.- Estructura .....	38
4.- Fuentes consultadas.....	50
5.- Metodología.....	53
CAPÍTULO I.....	57
LA LIBERTAD .....	57
1.- La libertad personal.....	68
2.- Posibles limitaciones al derecho a la libertad personal .....	76
3.- El contenido de la libertad personal en la Constitución Española	77
4.- Diferencia entre libertad y seguridad. Clases de seguridad .....	86
5.- Diferencias entre libertad personal y otras libertades.....	99
6.- Requisitos necesarios para que la libertad personal pueda ser restringida.....	106
CAPÍTULO II.....	125
PÉRDIDA DE LA LIBERTAD. ESPECIAL MENCIÓN A LA DETENCIÓN .....	125
1.- Cuestión previa .....	125
2.- Concepto de detención.....	129

3.- Casos permitidos por la ley para detener. ....	144
4.- Distintas acepciones y situaciones de privación de la libertad personal.....	153
5.- Distinción entre las diferentes formas de pérdida de la libertad personal.....	157
6.- Clases de detención.....	169
6.1.- Detención policial.....	170
6.2.- Realizada por particulares .....	178
6.3.- Realizada por particulares cualificados.....	183
6.3.1.- Agentes de seguridad privada .....	184
6.3.2.- Capitanes de buques.....	194
6.3.3.- Comandantes de aeronaves .....	200
6.4.- Detención por delitos leves.....	204
6.5.- Detención de menores.....	204
6.6.- Detención preventiva de carácter administrativo .....	205
6.7.- Orden Europea de Detención y Entrega .....	206
6.8.- La detención preventiva ordenada por la autoridad.....	207
6.8.1.- Ordenada por Ministerio Fiscal.....	208
6.8.2.- Ordenada por Jueces o Tribunales.....	210
CAPITULO III .....	211
LOS DERECHOS DEL DETENIDO .....	211
1.- Cuestiones previas.....	211
2.- Normativa y jurisprudencia aplicable.....	220
3.- Derechos del detenido.....	230
3.1.- Derecho a ser informado y a la defensa letrada.....	230
3.1.1.- De los hechos, motivos y norma penal infringida y de la calificación jurídica de los hechos.....	230



3.1.2.- Del acto concreto de la detención .....	242
3.1.3.- De los derechos que le corresponden como detenido .....	244
3.1.4.- Derecho a la defensa. A la asistencia de abogado .	247
3.1.5.- Asistencia letrada de libre designación.....	253
3.1.6.- Asistencia letrada de oficio .....	256
3.1.7.- Contenido de la asistencia letrada .....	258
3.1.8.- Presencia e intervención del abogado.....	267
3.2.- Derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable .....	270
3.3.- Derecho al reconocimiento médico.....	278
3.4.- Derecho a comunicar la detención a un tercero. ....	280
3.4.1.- Los derechos del detenido en situación de incomunicación.....	283
3.5.- Derecho a un intérprete .....	290
4.- Aplicación práctica <i>versus</i> Derecho positivo.....	300
4.1.- Lugar y momento de toma de muestras orgánicas. Relevancia para la defensa. ....	314
CAPITULO IV.....	317
LA DETENCIÓN: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS, ESPECIALES E INTERNAMIENTOS.....	317
1.- Introducción y cuestiones previas .....	317
2.- La identificación.....	318
2.1.- Distinción entre orden público, seguridad ciudadana, y seguridad pública.....	321
2.2.- Evolución normativa y jurisprudencial de la identificación policial .....	333

2.3.- Identificación <i>in situ</i> -retención simple- .....	340
2.4.- Identificación con traslado a dependencias policiales o retención .....	345
2.4.1.- ¿Son también aplicables a la retención con traslado las garantías establecidas en el artículo 17 CE? .....	355
2.5.- La “invitación” a trasladarle a sede policial para el esclarecimiento de hechos.....	361
2.6.- Control de alcoholemia con traslado a dependencias oficiales... .....	370
3.- Supuestos especiales.....	382
3.1.- La detención en alta mar .....	382
3.2.- Detención de menores.....	393
3.3.- La detención por delitos de terrorismo.....	414
4.- Internamientos.....	418
4.1.- Internamiento psiquiátrico.....	418
4.1.1. El adulto enajenado.....	418
4.2.2.- El menor enajenado .....	426
4.2.- Internamiento por enfermedad infecto-contagiosa.....	434
4.3.- Internamiento de extranjeros .....	443
CAPÍTULO V.....	453
LA DETENCIÓN ILEGAL COMETIDA POR FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU REFLEJO EN EL CÓDIGO PENAL .....	453
1.- Introducción.....	453
2.- Artículo 163 CP. Tipo base de las detenciones ilegales cometidas por funcionario público. Revisión de los elementos típicos esenciales. .....	455
2.1.- Bien jurídico protegido .....	457

2.2.- Figura delictiva básica. Conducta .....	458
2.3.- Sujetos activos y pasivos .....	462
2.4.- Tipo atenuado y agravado .....	464
2.5.- Causas de justificación .....	467
2.6.- Formas de culpabilidad .....	468
2.7.- Formas de aparición del delito .....	469
2.8.- Autoría y participación .....	470
2.9.- Concurso de leyes .....	472
2.10.- Penalidad .....	473
3.- El artículo 167 CP. Especialidades de la detención ilegal cometida por funcionario público .....	474
3.1.- Introducción .....	474
3.2.- Sujetos activos y pasivos .....	480
3.3.- Tipo subjetivo .....	482
4.- Artículo 530 CP. El delito de detención ilegal cometida por funcionario público con violación de las garantías de la CE, los plazos y derechos del detenido .....	488
4.1.- Bien jurídico protegido .....	489
4.2.- Tipo objetivo .....	492
5.- Vinculación penológica entre los artículos 163 CP y 167 CP. Aplicación jurisprudencial .....	497
5.1.- Reticencias del TS a la aplicación del artículo 163.1 CP en los casos de detención ilegal cometida por funcionario público. ..	498
5.2.- Remisión del artículo 167 CP al tipo atenuado del artículo 163.4 CP. ....	500
5.3.- Remisión del artículo 167 CP al tipo atenuado del artículo 163.2 CP .....	510

6.- Distinción entre los tipos penales de los artículos 167 y 530 CP	516
6.1.- El TS y la aplicación práctica de los artículos 167 y 530 CP	532
CAPÍTULO VI.....	541
EL PROCEDIMIENTO DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	541
1.- Naturaleza jurídica.....	549
2.- La detención en el procedimiento de habeas corpus .....	557
3.- Motivos que fundamentan el <i>habeas corpus</i> o que permiten interponerlo .....	562
4.- Circunstancias de la detención judicial.....	573
5.- Fases del procedimiento. ....	574
5.1.- Presentación de la solicitud .....	574
5.1.1.- Sujetos intervinientes en el procedimiento .....	578
5.1.1.1.- Órgano jurisdiccional. Competencia objetiva, territorial y funcional .....	578
5.1.1.2.- Legitimación activa .....	580
5.1.1.3.- Legitimación pasiva .....	584
5.1.2.- Objeto, el petitum y la causa de pedir .....	586
5.1.3.- Admisión o denegación .....	590
5.2.- Vista oral.....	598
5.3.- Resolución final y costas .....	599
6.- Recursos .....	601
CAPÍTULO VII.....	611
INADMISIÓN LIMINAR DEL <i>HABEAS CORPUS</i> . POSIBLE PREVARICACIÓN JUDICIAL.....	611
1.- Introducción.....	611
2.- Incidente de nulidad de actuaciones. ....	613
2.1.- Cuestiones previas. ....	613

2.1.1.- Concepto y contenido.....	614
2.2.- Incidente de nulidad y recurso de amparo. Cuestiones relacionadas.....	617
2.2.1.- ¿Incidente de nulidad previo o recurso de amparo directo?.....	617
2.2.2.- Recurso de amparo.....	620
2.3.- Prevaricación judicial .....	633
2.3.1.- Concepto y contenido.....	633
2.3.2.- Elementos del tipo.....	639
2.3.3.- Incumplimiento de la jurisprudencia del TC.....	653
2.3.4.- Revisión de los presupuestos del delito de prevaricación .....	660
CONCLUSIONES .....	665
BIBLIOGRAFÍA.....	675



### Abreviaturas utilizadas

AN	Audiencia Nacional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención de los Derechos de Niño
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)
COE	Consejo de Europa
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DDHH	Derechos Humanos
D.L.	Depósito legal
DRAE	Diccionario Real Academia Española
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
EVD	Estatuto de la Víctima del delito
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FD	Fundamento de derecho
FJ	Fundamento Jurídico
[GS]	Gran Sala (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
LAAVD	Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSa	Ley General de Sanidad
LGSP	Ley General de Salud Pública
LI	Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOHC	Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus
LOMESP	Ley sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley de Protección Jurídica del Menor
LOPSC	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menor
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LSP	Ley de Seguridad Privada
LTCVMSV	Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial
OAVD	Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OEDE	Orden Europea de Detención y Entrega
op. cit.	Opus citatus
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RGC	Reglamento General de Circulación
REVD	Reglamento del Estatuto de la Víctima del Delito



SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del TS
SS	Sentencias
TC	Alto Tribunal, Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tardado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia



## Elección del tema objeto de análisis. Notas del autor

En el presente estudio trataremos de analizar determinados ámbitos de la legislación y la jurisprudencia nacional, europea e internacional, directa o indirectamente relacionadas con el delito de detención ilegal cometida por funcionarios público.

Para ello comenzaremos ocupándonos del concepto de libertad personal que ampara nuestra Carta Magna, y avanzaremos a través del desarrollo de los diferentes tipos delictivos del derecho positivo que se ocupan de su protección, así como de su evolución en nuestro ordenamiento jurídico, con lo que trataremos de aportar claridad, buscando unos conceptos más definidos de libertad personal y de su privación. Con ello, lo que deseamos es que la propuesta de investigación que nos disponemos a comenzar, arroje luz sobre lo que debería entenderse en la actualidad como la comisión del delito de detención ilegal cometida por funcionario público, y qué penalidad habría de aplicarse<sup>1</sup>.

Como es sabido, el artículo 17 CE consagra el derecho fundamental a la libertad personal y su correspondiente protección jurisdiccional. Durante el desarrollo de este trabajo, trataremos de conocer su *ratio legis*, a la vez que intentaremos profundizar en la exégesis que ha sufrido dicho precepto por parte de la doctrina y de las diversas interpretaciones jurisprudenciales realizadas por los distintos Tribunales.

---

<sup>1</sup> Es decir, la aplicación de la medida de la detención preventiva, debe posicionarse en el marco del estricto cumplimiento de la normativa vigente, en consecuencia, consideramos que debíamos realizar una primera incursión en el estudio de la libertad personal, para a continuación, acometer el análisis de las diferentes figuras jurídicas -si es que lo fuesen- de la injerencia, restricción, o privación de la libertad personal, sin olvidarnos de la detención preventiva.

Una de nuestras pretensiones es comprobar si en el ámbito penal actual se encuentran, perfecta o, en su defecto, suficientemente definidos los distintos tipos penales que nos ocupan, así como, si la aplicación penológica está siendo la correcta y, en el supuesto de que así sea, si ésta es justa y proporcional en cuanto a su disposición positiva.

Como consecuencia del ejercicio práctico del Derecho, en calidad de abogado, incluyendo en ello la asistencia al detenido como letrado de libre designación, así como en funciones de asistencia jurídica gratuita como profesional adscrito al Turno de Oficio, tenemos constancia de que la aplicación práctica, interpretación de los preceptos legales, y ejercicio diario de la defensa, adolecían, en más ocasiones de las deseables, de errores y mala *praxis*, por parte de los sujetos intervinientes, que producían la vulneración de los derechos del detenido y la violación de la libertad personal, algo sobre lo que tendremos oportunidad de indagar a lo largo del trabajo. Experiencia y vivencias de la práctica judicial diaria que han motivado el inicio de este proyecto.

Por último, analizando los distintos términos aludidos, los ilícitos penales establecidos y su correspondiente interpretación jurisprudencial, nos encontraremos con la posibilidad de comprobar si el ejercicio de la privación a la libertad personal se realiza con el correcto y exigido cumplimiento de la legislación vigente. Sin descuidar el necesario control judicial de dichas actuaciones y si, como consecuencia de su quebrantamiento, son correctas las penas aplicadas por los distintos órganos jurisdiccionales.

## INTRODUCCIÓN

### 1.- Encaje de la Tesis Doctoral en las disciplinas científicas

El presente trabajo de investigación se encuadra en el programa de Doctorado de Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración, en el departamento de Derecho Público, y de forma más específica, en la esfera de Derecho Penal.

En el ámbito de las diferentes materias y niveles que conforman el Derecho Penal, nuestro estudio se canalizará a la investigación de las detenciones ilegales cometidas por los funcionarios públicos. Analizando, no exclusivamente la tipificación legal que afecta a dichos supuestos, sino las distintas interpretaciones jurisprudenciales que se han venido produciendo, influyendo directamente en la aplicación de los diferentes tipos, así como la penalidad en cada caso.

### 2.- Elección del tema

La falta del consenso mínimo necesario fue lo que motivó e impidió que se alcanzase una reforma completa del modelo procesal penal español. Ello condujo a la realización de novedades y reformas parciales de la presente LECR. Modificaciones que era necesario realizar con urgencia dadas las exigencias de adecuación impuestas por las instituciones europeas y por la obligación de ajuste a ellas del Derecho interno español<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Dichas reformas son las que obraron la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que, al mismo tiempo, a través de su Disposición Final Segunda, transformó el Libro VI de la LECR. Que se materializaron en:

Por lo tanto, este conjunto de reformas provocó transformaciones de verdadero calado en el proceso penal. Especialmente, por lo que a nuestro trabajo respecta, en la LECR y en la LOPJ, puesto que de ese modo se daba cumplimiento a la transposición<sup>3</sup> de las siguientes Directivas europeas:

- 
- El procedimiento para el juicio sobre delitos leves, con la introducción del novedoso principio de oportunidad reglada.
  - La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
  - La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, sobre derechos de interpretación, traducción e información en los procesos penales.
  - La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
  - la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
  - la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Asimismo, con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>3</sup> Consideramos oportuno, llegados a este punto, recordar varios aspectos, por una parte, en cuanto a la Directiva 2010/64/UE el plazo de transposición finalizó el día 27 de octubre de 2013 y, por otra, en lo que concierne a la Directiva 2012/13/UE, el plazo de transposición expiró el 2 de junio de 2014. España llegó con retraso en la transposición, que en su momento debió realizar, lo que motivó que la Comisión Europea abriese el procedimiento para recabar información, que tiene carácter previo a la posterior demanda ante el TJUE por la falta de cumplimiento de las obligaciones que le competen en virtud de los Tratados en cumplimiento del artículo 258 del TFUE.

- Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales<sup>4</sup>.
- Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Diario Oficial de la UE L 280, de 26 de octubre de 2010.

En suma, se trataba de incorporar al conjunto normativo español, el derecho al intérprete y a la traducción a los detenidos o presos que no conocen o no entienden la lengua del procedimiento, haciendo especial hincapié en las personas que tengan algún tipo de discapacidad auditiva o sean sordo ciegas. Derecho que se encuentra dispuesto en el artículo 6 del citado CEDH, en línea con la interpretación que realizó el TEDH para la garantía del derecho a un juicio justo.

Este derecho está ahora recogido en el artículo 520 de la LECR. Este cambio era el más urgente porque sobre él planeaba la amenaza de sanción por parte de la Unión Europea. Sin embargo, Vicente señala que en la elaboración de la ley se han olvidado de incluir un sistema de registro de traductores que permita a los agentes de las comisarías conocer quién está disponible para atender al detenido. Un sistema similar al de los abogados de guardia.

<sup>5</sup> Diario Oficial de la UE L 142, de 1 de junio de 2012.

En ella se contempla el derecho del detenido a conocer con detalle el contenido del atestado antes de declarar ante la Policía o la Guardia Civil. Los legisladores han incluido este derecho en el nuevo artículo 118 de la LECR, pero parece que el texto no es lo bastante específico.

La contradicción entre el texto de la Directiva y el de la LECR está en que el reglamento europeo establece que “en el momento de la detención o privación de libertad, el detenido (o su abogado) tiene derecho a acceder a los documentos esenciales que necesita para impugnar la detención o privación de libertad”. Mientras que el texto español sólo asegura el acceso a “una relación de datos y hechos” sin especificar.

La UE ha puesto a disposición de todos los países un modelo de carta de derechos para entregar al detenido cuando llega a comisaría. Este ejemplo no es obligatorio, pero establece las bases a cumplir por los 28.

En esta línea se ha pronunciado LÓPEZ JARA, M.: La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos

- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad<sup>6</sup>.

Con todo ello, nos encontramos ante la evidente finalidad de garantizar una idéntica protección de los derechos procesales en todos los países miembros de la Unión Europea. Fortaleciendo con ello la seguridad del cumplimiento en su conjunto, con lo que será también necesario

---

a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal, Diario LA LEY N° 8540. 15 de mayo de 2015, página 3.

<sup>6</sup> Diario Oficial de la UE L 294, de 6 de noviembre de 2013.

Obviamente, como consecuencia del cumplimiento de la transposición de dicha Directiva al ordenamiento jurídico español, esta norma resulta prácticamente imprescindible para el estudio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Se plasma como Derecho mínimo, o de base, para los miembros de la Unión Europea por su obligación con el CEDH y en especial, el sometimiento a la jurisprudencia resultante del TEDH.

En cuanto al contenido, vemos los derechos: a la asistencia de letrado y la eventual renuncia a este derecho; a que se informe de la privación de libertad a un tercero; a comunicarse con terceros; a comunicarse con las autoridades consulares; a ser asistido por un letrado en los procedimientos de la orden de detención europea. En el derecho que más se extiende la Directiva es el derecho a la asistencia letrada, por lo que los Estados miembros deben vigilar por que los detenidos y acusados puedan ser asistidos por un abogado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

Incluyen la Directiva las cláusulas de no regresión que imposibilitan interpretar sus disposiciones en el sentido de limitar o derogar los derechos o garantías procesales reconocidos al amparo de la CDFUE, del CEDH, o del PIDCP.



habilitar y aumentar los elementos necesarios para su mutuo reconocimiento, prestación y cumplimiento<sup>7</sup>.

## 2.1.- Antecedentes históricos

Como es sabido, los derechos fundamentales deben ser amparados por el Estado<sup>8</sup>, por lo que es necesario que hayan sido establecidos los límites y los requisitos necesarios para cuando su ejercicio sea restringido o limitado, con el fin de evitar que puedan producirse extralimitaciones o abusos que conduzcan a una evidente anulación de tales derechos.

Comenzando por el Decreto de 17 de abril de 1821, principalmente sus artículos 27 y siguientes, observamos que los artículos 28 y 29 se corresponden con los artículos 184 y 482 del Código penal de 1973, en el que, curiosamente, el concepto de funcionario público se relacionaba directa y literalmente con el de juez, convirtiendo a éste en el sujeto activo del tipo.

---

<sup>7</sup> La reforma que se produjo en la LECR, incorporó el derecho a la información que se ha de prestar a los sujetos detenidos y a los investigados, en cumplimiento de los artículos 5 y 6 del CEDH, con el objeto de garantizar el derecho a un juicio equitativo, y el derecho a la libertad personal. Añadiendo a lo anterior el derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal, de igual modo que el derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso, con el fin de alcanzar un eficaz desarrollo del derecho a la defensa.

<sup>8</sup> El procedimiento de *habeas corpus*, es uno de los instrumentos de protección y defensa del derecho fundamental a la libertad personal. Es decir, constituye en sí mismo una de sus garantías, y uno de los derechos que asisten a todo sujeto detenido ilegalmente. La LO 6/84, de 24 de mayo, lo regula desarrollando el artículo 17.4 CE. El artículo 1.2 de la referida LO recoge los supuestos en que las personas pueden considerarse ilegalmente detenidas.

En el Código penal de 1822, específicamente los artículos 243 a 246, recogían el tipo penal que nos ocupa. En éste caso, al sujeto activo se le denomina expresamente funcionario público y a la acción “detención arbitraria”.

Sin embargo, esta denominación de funcionario público, no continuó en el Código penal de 1848, en el que se denominó al actor “empleado público”, en su artículo 286.

Del Código penal de 1870, debemos destacar que en el artículo 210 se penaba únicamente la ilegal privación de la libertad ambulatoria, no se sancionaba el incumplimiento de las garantías del detenido, si bien una parte de la doctrina consideraba que este supuesto se interpretaba incluido en la ejecución del tipo.

Por su parte, el Código penal de 1928 se limitaba a remitir al Código penal del 1870. Pero, pocos años después, el Código penal de 1932 diferenció los tipos penales dependiendo de qué clase de funcionario público había realizado la acción del tipo de injusto, concretamente en los artículos 198 a 202.

Tras los anteriores textos legales, surgió el Código penal de 1944 que se caracterizaba porque generalizó el tipo de detención ilegal, conteniendo todos los supuestos que afectasen al derecho fundamental a la libertad personal, creando por ello una primera impresión de ser el más garantista. Sin embargo, la continua aparición de leyes especiales que limitaban directa e indirectamente este derecho, lo terminaron recortando y en algunos casos suprimiéndolo.

Por último, decir que la revisión del Código penal que efectuaron las modificaciones de 1963 y 1973 no afectaron especial o sustancialmente a la ordenación de éste delito. Fue la reforma del Código penal que se llevó

a cabo con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de Actualización del Código penal la que reguló el tipo penal del derecho fundamental del artículo 17 CE que, en ése momento tenía 10 años de vigencia, dando lugar todo ello al tipo del 184 del Código penal de 1973.

Por su parte el Código penal de 1973<sup>9</sup> diferenciaba entre las detenciones ilegales cometidas: por los funcionarios públicos en general; por la Autoridad y por los Secretarios Judiciales de los Juzgados y Tribunales; y por los funcionarios públicos que desempeñan sus cargos en los establecimientos penitenciarios. Ello en los artículos 184<sup>10</sup> y 186<sup>11</sup>.

Sin embargo, entendemos oportuno destacar la problemática que existió entre los artículos 184 y el 480 ambos del Código penal de 1973. Mientras que el primero disponía la detención cometida por funcionario público, el segundo regulaba la efectuada por funcionario público que no actuaba como funcionario para realizar el tipo. De ese modo se pronunció el TS<sup>12</sup> en reiteradas ocasiones.

---

<sup>9</sup> Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (vigente hasta el 05 de julio de 2010)

<sup>10</sup> Artículo 184 CP de 1973, “el funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención incurrirá en la pena de suspensión si la detención no hubiere excedido de 72 horas, en la de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas si, pasando de este tiempo, no hubiere llegado a quince; en la de inhabilitación absoluta sí, no habiendo bajado de quince días, no hubiera llegado a un mes; en la de prisión menor, si hubiere pasado de un mes y no hubiere excedido de un año, y en la de prisión mayor, si hubiere pasado de un año”.

<sup>11</sup> Artículo 186 CP de 1973, “incurrirá en la pena de suspensión el funcionario público que, no siendo autoridad judicial, detuviere a una persona por razón de delito y no le pusiere a disposición de la autoridad competente en las setenta y dos horas siguientes a la en que se hubiere practicado la detención”

<sup>12</sup> SSTs de 6 de octubre de 1986; 19 de febrero de 1993, 11 de junio de 1992. Destacando la STS 6461/2001, de 20 de julio de 2001, en la que menciona la STS 2/98 de 29 de julio de 1998, y que señala en su Fundamento Jurídico 7 que “(...)

Por lo que el artículo 184 Código penal de 1973 se aplicaba a los supuestos en que la detención nacía legal, pero se transformaba en ilegal al violar los derechos y las garantías establecidas por la Constitución. Tal precepto equivaldría al actual artículo 530 CP. Y por su parte, el artículo 480 CP de 1973, se aplicaba cuando el funcionario público actuaba como un particular, es decir, sería el equivalente al vigente artículo 167 CP.

En referencia con lo anterior, PRATS CANUT afirma que “era opinión unánime en el sentido de la ausencia de justificación del trato diferencial en términos de penalidad, viéndose tratada de forma especialmente benevolente la conducta del funcionario, cuando en realidad debía de revestir una particular gravedad, máxime si lo correlacionábamos con el hecho de que la simulación de funciones públicas operaba como agravante específica para el delito de detención ilegal”<sup>13</sup>.

---

castigarse conforme a las disposiciones ordinarias las detenciones practicadas por funcionarios, cuando ya desde su inicio son ilegales, bien por responder a motivaciones exclusivamente privadas, bien por ser notoriamente realizadas con abuso del cargo y fuera de toda posible licitud, (...) es decir, cuando el funcionario por su actuación manifiestamente delictiva desde el comienzo de la detención se ha colocado, y así lo sabe, fuera de las funciones que legalmente tiene encomendadas, de modo que las utiliza no para cumplir la Ley, sino para violarla con la agravación de que lo hace prevaliéndose del cargo público que ejerce. En tales casos se aplicaban los artículos 489 y siguientes del CP ya derogado. (...) El artículo 184 CP de 1973, en los años últimos de su vigencia, sólo podía aplicarse a los casos en que el funcionario, actuando en el ejercicio de su cargo, realizaba una detención inicialmente lícita, que luego se convertía en ilícita por los malos tratos producidos a la víctima, o por otra razón que ponía de manifiesto algún abuso en relación con la legalidad reguladora de esas detenciones”.

<sup>13</sup> PRATS CANUTS, J. M.: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, quinta edición, Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2005, página 21.

Por otro lado, el artículo 204 bis a) Código penal de 1973<sup>14</sup>, introdujo en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, el privilegio del que disfrutaba el funcionario público al ejecutar alguno de los tipos penales de detención ilegal, circunstancia ésta de especial trascendencia y que probablemente haya influido en la doctrina jurisprudencial actual, siendo éste uno más de los objetivos del presente trabajo.

Y, por último, el Código penal de 1995, con el que se pretendió terminar con el trato de favor que disponían los funcionarios públicos y autoridades, estableciendo en su Exposición de Motivos que dichas conductas habrían de ser consideradas como “formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados”.

## **2.2.- Legislación vigente**

El derecho fundamental a la libertad personal alcanza también la consideración de valor superior del ordenamiento jurídico, según el artículo 1 CE. Aunque, en el artículo 19 CE se dispone expresamente el derecho a la libertad de circulación y residencia, es el artículo 17 CE el que se convierte en la verdadera columna que sustenta el derecho de toda persona a la libertad personal, declarando la prohibición expresa de cualquier tipo de privación de tal derecho, excepto los casos que la ley prevea expresamente.

---

<sup>14</sup> Artículo 204 bis a) Código penal de 1973, “lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalaren mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección”.

Y, para ello, la Constitución Española establece en su artículo 104.1 que la función de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” corresponderá a las FCSE. Como consecuencia del ejercicio de esa potestad, con más frecuencia de la deseable, los agentes de la autoridad, resultan denunciados, investigados y en ocasiones declarados culpables de la realización del delito de detención ilegal cometida por funcionario público en el ejercicio de su cargo, tanto en sus funciones ordinarias de policía, como en sus actuaciones como Policía judicial.

Por lo tanto, el presente trabajo, no se dedicará exclusivamente a los casos en que la detención es permitida por la Ley, sino que se centrará asimismo en las formas, los procedimientos y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para cada actuación.

El artículo 520 LECR, desarrolla el artículo 17.3 CE señalando que toda privación de libertad personal debe practicarse “en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio”, de lo que podemos deducir que será considerada ilegal toda detención en la que no se respeten estas garantías y derechos, teniendo siempre presente el artículo 24.2 CE que recoge el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Como hemos señalado, el derecho a la libertad personal se encuentra en la Constitución Española, además de una serie de libertades públicas y de derechos fundamentales que, a su vez, España ha reconocido, ratificando los correspondientes Tratados y Convenios internacionales, suscritos por España<sup>15</sup> y que también son de aplicación en nuestro país, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 96.1 CE.

---

<sup>15</sup> Producto de estas disposiciones, forman parte del ordenamiento interno, entre otros, dos grandes tratados, como son:

En este sentido, existe hoy en día un aumento de la preocupación por los derechos fundamentales y las libertades públicas, y en particular por el derecho a la libertad personal.

Los Gobiernos tratan de cumplir con las recomendaciones que organismos e instituciones europeas e internacionales que venían realizando a los distintos Estados, aspirando de esta forma a configurar una respuesta global al problema de la privación de libertad personal.

En el contexto europeo debemos destacar, además de las Directivas ya citadas<sup>16</sup> en páginas precedentes, las siguientes Directivas europeas:

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas

- 
- Por un lado, el 4 de noviembre de 1950 se firmó en Roma el CEDH instrumento jurídico que implementó un sistema de peticiones individuales. Previamente el 5 de mayo de 1949 se había constituido el Consejo de Europa.
  - Por otro, el PIDCP, ratificado por España, el 13 de abril de 1977, -contiene una referencia implícita al *habeas corpus*-, con lo que aceptó la competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer peticiones que contengan denuncias individuales presentadas por las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, luego de haber agotado los recursos en el orden interno.

Por ello los artículos 5 CEDH y 9 PIDCP, consagran un conjunto de derechos para toda persona detenida. La ratificación del CEDH, por parte de España, trae como consecuencia el derecho de toda persona –nacional o extranjera– a recurrir al TEDH en busca de tutela internacional cuando considere que ha sido violado el derecho a la libertad y seguridad personales, incluidos todos los derechos que consagra el artículo 17 CE y también su garantía específica, el *habeas corpus*. De esto deriva la importancia del CEDH de articular una vía internacional en defensa de los derechos y libertades fundamentales.

<sup>16</sup> Directivas: 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010; 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012; y 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013.

sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial de la UE L 315, de 14 de noviembre de 2012.

- Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, con la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, Diario Oficial de la UE L 65, de 11 de marzo de 2016.
- Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, Diario Oficial de la UE L 132, de 21 de mayo de 2016.
- Directiva 2016/1919/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, Diario Oficial de la UE L 297, de 4 de noviembre de 2016.

Pero la sociedad camina y evoluciona, inevitablemente, hacia nuevos horizontes legislativos, y como consecuencia de tales modificaciones, nos encontramos con la aparición de gran cantidad de normas jurídicas, postulados doctrinales, tratados, y una cuantiosa jurisprudencia que consideramos inciden en el derecho fundamental a la libertad personal.

### **2.3.- Justificación del tema**

La elaboración de este trabajo tratará de analizar y, con ello, favorecer la efectiva y correcta realización, por parte de las FCSE y de la policía judicial, de sus funciones en la persecución de los infractores de los tipos penales, intentado colaborar en definir un marco en el que no se puedan



producir transgresiones en dichas detenciones, por la vulneración de alguno de los derechos que asisten a toda persona privada de libertad personal.

Especialmente en los casos que presentan aspectos más “brumosos”, confusos, o susceptibles de ser interpretados desde diferentes criterios, como por ejemplo podemos encontrarnos en los casos en que se produce detención “sin mediar causa por delito”, y en los supuestos en los que se presenten dudas sobre la procedencia de la detención cuando hay sospechas de “mediar causa por delito”.

El funcionario público actuante en una detención se encuentra, en más ocasiones de las deseables, ante situaciones en las que unas veces por un cierto desconocimiento, y otras por mala *praxis* se excede en los límites establecidos, omite los procedimientos dispuestos o vulnera las garantías previstas ante la privación de libertad personal de los ciudadanos.

Igualmente, en ocasiones, tiene ciertas dificultades para determinar si la acción del individuo es susceptible de dar lugar a la detención, es decir, si existen o no razones legalmente establecidas para calificar los hechos como constitutivos de un ilícito penal, o su calificación como delito grave, menos grave o leve o, en su caso, simplemente como una sencilla infracción administrativa.

Existen unos supuestos especiales de privación de libertad, entre los que podemos destacar, tanto por su gravedad y duración, como por su relevancia y frecuencia:

- la identificación de personas<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Identificación *in situ* –que para nosotros constituye una mera restricción- y la que requiera traslado a dependencias policiales para poder efectuarla, a la que

- el internamiento: de enajenados; por enfermedad infecto-contagiosa; de extranjeros; y de menores de edad, -así como, la detención de estos últimos-.
- la conducción a dependencias policiales para el control de alcoholemia o realización de test.
- y, por último, el supuesto especial de detención en alta mar.

Si bien, es conveniente advertir que la anterior enumeración no pretende tener carácter exhaustivo, pero si englobar los supuestos más habituales y comunes.

Aunque, es necesario subrayar que existen casos de privación de libertad personal en los que ésta sucede con la existencia de una relación de sujeción especial, como acontece en el supuesto de los arrestos de los miembros de la Fuerzas Armadas y de los Cuerpos e Institutos sometidos a disciplina militar –Guardia Civil-.

Como consecuencia de esta especialidad, es recomendable no incluir su análisis en el presente trabajo, puesto que estaríamos excediéndonos en los límites de nuestro estudio, abarcando con ello, espacios particulares y concretos que le darían una dimensión excesivamente amplia. Aunque consideramos que son lo suficientemente interesantes como para merecer una investigación exclusiva.

De igual modo, por razones obvias, no se estudiarán los supuestos de detención preventiva que se hayan ejecutado por orden judicial.

Es posible suponer que la realización de una tesis sobre la detención ilegal cometida por funcionarios públicos podría no resultar novedosa por

---

denominaremos “retención”. Esta última se trata de un supuesto muy discutido y no exento de polémica, siendo regulado por la LOPSC 4/15, de 30 de marzo.

tratarse de un tema que ya ha sido estudiado con anterioridad y por ello no aportar algo nuevo. No obstante, si se consulta y analiza la doctrina o se lee la jurisprudencia reciente, se puede comprobar que, en algunos casos, no han quedado resueltos los conflictos que provoca la aplicación de la ley vigente.

En definitiva, entendemos que la elección del tema no es redundante o innecesaria en la actualidad. La correcta interpretación de la legislación, respecto de la detención ilegal cometida por funcionario público, la completa garantía del derecho fundamental a la libertad personal, el respeto de los derechos del detenido, adolecen en ocasiones de una incorrecta e insuficiente aplicación, tal y como se pone de manifiesto tras la consulta de la jurisprudencia nacional y europea.

Es, por todo lo anterior, por lo que entendemos que el tema de la presente tesis, no es susceptible de ser considerado carente de actualidad. Existe un problema interpretativo de la ley aplicable, y por ello un interés para investigar sobre el mismo.

### **3.- Objeto de estudio e hipótesis**

El objeto del presente estudio requiere, evidentemente, el análisis del conjunto del ordenamiento jurídico que la regula, ello desde las diferentes ramas del derecho positivo: constitucionalista, penal, procesal, tanto nacional, como el dimanante del conjunto normativo de la Unión Europea y de los Tratados internacionales de los que España es parte.

Veremos, por tanto, su regulación legal y a tenor de la tipificación establecida por la legislación vigente, la existente disparidad de criterios jurisprudenciales empleados en supuestos de hecho idénticos, ello en busca de soluciones ajustadas a la gravedad de cada caso, y no tanto en

la aplicación estricta de la penalidad correspondiente a cada ilícito penal cometido.

Abordaremos el análisis de las diferentes corrientes doctrinales habidas en la interpretación de los diversos conceptos jurídicos y figuras legales que nos ocupan: detención, retención, privación de libertad, restricciones legales en la libertad personal ambulatoria, etc., tratando de obtener la mayor información posible en cuanto al contenido motivo de estudio.

Dicho lo anterior, adquiere una especial trascendencia en nuestra investigación no solo la evolución que han sufrido los distintos preceptos legales que regulan dichos tipos penales, sino cual es la interpretación de la que han sido objeto por parte de la jurisprudencia que han ido creando el TS, el TC, el TJUE y el TEDH<sup>18</sup>.

Por otra parte, entendemos que el respeto a la libertad personal no es absoluto, dado que existen supuestos en que, en aras de un interés superior, éstos prevalecen sobre el propio derecho a la libertad personal, es decir, es posible limitarlo. La cuestión es establecer los supuestos en los que es posible tal prevalencia y qué requisitos, límites y exigencias se requieren.

El análisis sobre si son admisibles las privaciones y las restricciones a la libertad personal en nuestro ordenamiento constitucional, y los límites que a cada una de ellas puedan corresponderles, ocupará una parte del presente trabajo, pudiendo destacar entre los aspectos más significativos:

---

<sup>18</sup> El cual siempre ha tenido una gran importancia en la creación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los conceptos jurídicos y su correcta aplicación en cuanto a la defensa y garantía, tanto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como de los derechos humanos en términos generales.

- En la profundización sobre los requisitos que la Carta Magna exige para que una detención pueda ser calificada jurídicamente como lícita.
- Definir el alcance de los conceptos de privación de libertad personal y de detención.
- Determinar si el término detención, se constituye como una figura jurídica única o engloba otros supuestos,
- Establecer cuál es el alcance y efectos de la detención en el derecho fundamental a la libertad personal, y especialmente en su afectación sobre la libertad individual de movimientos, es decir, la capacidad ambulatoria.
- Concretar los límites de los conceptos de agente de la autoridad, ciudadano particular y de particular cualificado.
- Precisar el marco en el que se sitúa el concepto “causa por delito”, y su especial consideración e influencia en la dispar aplicación que el TS hace de un tipo penal u otro –artículos 163, 167 y 530 CP-.
- Fijar los criterios interpretativos manejados por la doctrina en la aplicación de los distintos tipos penales.
- Identificar los parámetros argumentados por la jurisprudencia en la aplicación de las penas en cada supuesto penal objeto de este estudio.
- Comprobar cuál es la aplicación que los Juzgados de Instrucción hacen del procedimiento de *habeas corpus*; su posible incumplimiento, y, en su caso, si la inaplicación, consciente e irregular, de dicha garantía constitucional, podría considerarse como prevaricación judicial.
- Asimismo, un aspecto sustancial del presente trabajo será el análisis de otros supuestos de privación de la libertad<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> En otras palabras, el estudio de las prácticas que, sin llegar a constituir una detención, constituyen una limitación o restricción a la libertad personal, como lo son las situaciones de identificación *in situ* o con desplazamiento a dependencias policiales.

- Otro aspecto en el que nos detendremos será en el análisis de las consecuencias, tanto para el sujeto detenido –en su condición de víctima del delito- como para el autor del ilícito.
- Finalmente, en las conclusiones intentaremos sintetizar las consecuencias susceptibles de ser extraídas del análisis efectuado en los distintos apartados del trabajo.

En suma, el objetivo de este estudio será investigar los supuestos en que la legislación permite a los funcionarios públicos privar de libertad personal o, en su caso. detener, incluyendo, obviamente, la exploración del modo y forma en que se ejecuta.

Indudablemente, el fin de toda investigación es encontrar la verdad<sup>20</sup> y en esa línea confluyen infinidad de actuaciones en la vida común, en el plano judicial y en las esferas próximas a esos ámbitos de control para el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública.

#### **4.- Estructura**

El presente trabajo, viene organizado en siete capítulos, a través de los que recorreremos el camino existente entre el establecimiento del derecho, su posible violación; la exigencia de cumplimiento; y su defensa.

---

<sup>20</sup> Así, MICHAEL FOULCAULT afirma sobre la *praxis* judicial que “ésta implica siempre una forma peculiar de la verdad. Lo cual es cierto, ya que la verdad propia de la práctica judicial, no consiste en conocer lo que es, sino en dirigir lo que debe hacerse”. FOUCAULT, M.: La verdad y las formas jurídicas, Gedisa, Barcelona, 1998, página 17.

Es evidente que los humanos nos esforzamos en encontrar un camino adecuado y conformador de la verdad, y, en ese orden, se generan relaciones de poder y sumisión

## **Primer Capítulo. - La libertad**

En este primer capítulo abordaremos el concepto de la libertad personal. La cual muestra toda su esencia y sentido cuando resulta perdida, limitada o restringida, y con ello la trascendencia que tiene como uno de los derechos naturales que han de ostentar los seres humanos en su propia condición como tales.

Un análisis jurídico sobre las detenciones ilegales cometidas por funcionario público debe comenzar por estudiar el reflejo que el derecho a la libertad personal tiene en la Constitución Española, así como en los convenios internacionales y en los tratados que España ha ratificado. Por lo que podremos disponer de una amplia visión de cuál ha sido su desarrollo en el Derecho positivo de los distintos ordenamientos jurídicos.

En este recorrido, describiremos las figuras cercanas a este concepto y la distinción entre ellas, averiguando la trascendencia de éstas en el contexto en el que se desarrolla el derecho a la libertad personal. Por ello, partiremos del concepto de libertad que establece el artículo 17 CE. Tras lo que nos ocuparemos de las diferencias entre libertad y seguridad personal, seguridad pública y seguridad ciudadana, desde la perspectiva de su influencia con el ejercicio del derecho individual a la libertad personal. Sobre este último punto, es necesario advertir que la seguridad pública y la seguridad ciudadana, las volveremos a retomar en el capítulo Tercero respecto de su relación con el orden público, y como objetivo a alcanzar y preservar por parte de las FCSE.

Otro de los aspectos en los que nos detendremos será en los derechos de circulación y residencia -artículo 19 CE- derechos que en principio tienen una vinculación directa con la libertad ambulatoria, puesto que ésta será la premisa de aquellas.

Ulteriormente, analizaremos los requisitos necesarios para que la libertad personal pueda ser restringida, siendo: la reserva de ley orgánica; el sometimiento a la jurisdicción, el principio de proporcionalidad, la motivación suficiente en las resoluciones judiciales, y el principio de *favor libertatis –in dubio pro libertate*, o el más conocido *in dubio pro reo*. Valorando no solo su encaje en el conjunto del ordenamiento jurídico sino también las distintas jurisprudencias que influyen en su interpretación.

## **Segundo Capítulo. - Pérdida de la libertad. Especial mención a la detención**

Una vez hallamos delimitado el concepto de libertad personal, recorreremos los supuestos que se encargan precisamente de permitir legalmente su privación. Nos estamos refiriendo a la detención preventiva<sup>21</sup>, como concepto de privación temporal de la libertad ambulatoria, entendida como el derecho fundamental que se reconoce en la Constitución Española, y que ha de ser asegurada y garantizada en el conjunto de normas que amparan los derechos fundamentales. La detención es admitida legalmente en una serie de supuestos, y bajo unos requisitos que de reunirse darán una cobertura jurídica a dicha intervención. Sin embargo, comenzaremos por la revisión de las distintas acepciones o situaciones de privación de libertad personal.

Buscaremos la distinción existente entre los distintos significados y valoraciones que se le conceden a los términos de: injerencia, restricción, retención y privación, todos ellos de la libertad personal. Indudablemente, no pretendemos realizar un tratado que pugne por el concepto exacto y

---

<sup>21</sup> Con la figura jurídica de la detención, la ley reconoce y permite la vulneración del derecho fundamental a la libertad, ello en aras de la búsqueda de la justicia y el cumplimiento de las normas jurídicas, con el prendimiento del sujeto activo sospechoso de haber cometido un ilícito penal, con el objeto de garantizar su presencia y disponibilidad física ante los Jueces y Tribunales.



correcto de cada una de los términos utilizados. Más allá de ello, lo que buscamos en un punto común respecto de lo que la ley, la doctrina y los tribunales entienden por cada una de dichas figuras.

Ello con la utilidad, en nuestro trabajo, de coincidir con estas tres partes, sobre lo que debemos entender cuando se refieren a ellas. Sirva de ejemplo de lo que señalamos, el término “retención”. Cada autor podría darle un valor, cada Juez o Tribunal utilizarlo con un significado, por lo que pretendemos concederle una apreciación coincidente con el valor que la jurisprudencia del TC le concede, y que haya sido admitida por la generalidad de la doctrina.

Tras lo anterior, nos ocuparemos de los sujetos que pueden llevar a cabo dichas detenciones, en qué supuestos y bajo qué condicionamientos.

Nos centraremos, por tanto, en las detenciones realizadas por los funcionarios públicos -artículo 492 CP-, pero también en los particulares - artículo 490 CP-, a los que sumaremos los particulares cualificados, entre los que incluimos a los agentes de la seguridad privada<sup>22</sup>, los capitanes de buques y los comandantes de aeronaves.

Por ello, intentaremos definir con claridad qué condicionamientos legales y fácticos han de confluír para que estemos ante un supuesto u otro.

Por último, mencionaremos someramente la detención preventiva ordenada por los Jueces, Tribunales e incluso por el Ministerio Fiscal, en aras de su distinción inequívoca respecto de la detención preventiva

---

<sup>22</sup> Quienes constituyen un caso especial, dado que, dependiendo del caso concreto y estando de servicio, podrán detener unas veces como particulares y otras arrojados con la condición legal de agentes de la autoridad –cuando actúen bajo las órdenes de las FCSE-, siendo esta la excepción a la regla general que les priva de tal condición.

efectuado por agentes de la autoridad *motu proprio* en cumplimiento de sus deberes y obligaciones.

### **Tercer Capítulo. - Los derechos del detenido**

Una vez enmarcada la detención, estaremos en situación de ocuparnos de los derechos y garantías que el conjunto normativo establece para el sujeto detenido.

De los cuales, nos detendremos en primer lugar, en el derecho a la información, siendo importante que revisemos los aspectos más concretos sobre la información y notificación de la propia detención, a la vez de examinaremos qué información ha de proporcionarse al detenido, amén de la propia lectura de los derechos y garantías que le asisten.

En segundo, nos encontramos con la extraordinaria relevancia de la asistencia de abogado defensor, presencia que determinará, no solo la propia defensa en la fase de la detención por parte de los agentes de la autoridad, sino valoraremos la influencia que su intervención tendrá en la situación fáctica y jurídica de la persona detenida. Y, dentro de este mismo apartado, prestaremos atención especial al modo en que las normas disponen los derechos del sujeto detenido, en conexión con sus garantías declarativas: derecho a guardar silencio, derecho a no declarar, etc.

Y, en tercer lugar, veremos los derechos al reconocimiento médico; a la comunicación de la detención a un tercero y el derecho a un intérprete.

Tras todo lo anterior, estudiaremos la incomunicación del detenido, respecto de sus derechos en tal situación excepcional.

Dentro de éste capítulo queremos disponer de un apartado específico a la aplicación práctica de los derechos del detenido,

comprobando si todo lo establecido en el Derecho positivo, tiene su correcto reflejo en la *praxis* llevada a cabo por los distintos sujetos intervinientes en la detención, desde el primer instante de su apresamiento, hasta su final y postrera puesta a disposición ante la autoridad judicial competente.

#### **Cuarto Capítulo. La detención: supuestos controvertidos, especiales e internamientos**

Una vez que en los apartados anteriores hayamos podido concretar las figuras jurídicas de la libertad personal y de la detención preventiva, examinaremos en este capítulo los supuestos que se alejan de la interpretación más habitual y generalista de la detención de un sujeto como supuesto autor de la comisión de un ilícito penal.

Nos haremos cargo primeramente de la identificación de las personas. Actuación a realizar por las FCSE, ello como consecuencia de las potestades que la propia Constitución Española les otorga. Y serán precisamente estas funciones las que nos concederán la posibilidad de fijarnos en la distinción entre: el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública. Se trata de conceptos de los que ya nos habremos ocupado, en el primer capítulo –en su relación con la libertad personal-. Sin embargo, será en éste en el que trataremos de conocer con mayor profundidad qué debemos entender por cada uno de ellos, cuál es el contenido que les concede nuestra Carta Magna y qué interpretación han hecho los distintos Tribunales –principalmente el TC, TS, TEDH y TJUE-.

De forma simultánea, nos ocuparemos de la evolución normativa que afecta a la identificación de personas. Delimitaremos la que se realiza *in situ*, de la que requiere el traslado a dependencias policiales para su práctica. Concediéndole una especial atención a éste supuesto último, puesto que es uno de los más controvertidos, por lo que requerirá un especial análisis,

en aras de esclarecer si las garantías establecidas en el artículo 17 CE - respecto de la detención- pudiesen ser también aplicadas en dichas conducciones.

En este mismo orden de cosas, dedicaremos nuestra atención a los casos en los que el sujeto requerido se encuentra obligado a auxiliar a las FCSE en las investigaciones realizadas por éstas. Valorando el hecho de si una supuesta obligación de colaboración puede anteponerse al derecho constitucional de la libertad personal. Lo que facilitará la indagación respecto del deber de acompañamiento, a los agentes de la autoridad, cuando éstos “invitan” a la persona a ir –voluntariamente, se supone- a comisaría, en aras del esclarecimiento de sucesos que son susceptibles de constituir delitos.

Todo lo anterior nos permitirá, asimismo, determinar la legalidad y circunstancias que habrán de producirse en la conducción a dependencias policiales para la realización de controles de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Seguidamente, tendremos la oportunidad de ocuparnos de los supuestos especiales: por una parte, de la detención en el mar, tratando de averiguar, entre otros aspectos, cómo afectará dicha situación fáctica al cumplimiento de los plazos, derechos y garantías que el detenido posee. Por otra parte, abordaremos la detención de menores, bajo la circunstancia de su minoría de edad, concretando cómo ello afectará al desarrollo de dicha detención y a los derechos singulares que tal circunstancia le concede.

A continuación, nos centraremos en los casos de detención relacionada con los delitos de terrorismo, estudiando el modo en que el ordenamiento jurídico establece el desarrollo de dicha detención, valorando los plazos especiales que le afectan, la restricción de determinados derechos y como la autoridad judicial tutela tal actuación.

En último lugar, examinaremos los internamientos establecidos por la ley. Al fin y al cabo, constituyen privaciones de libertad personal que habrían de ser establecidas por ley. Entendemos que los casos más representativos serán el internamiento de: los enajenados; los enfermos infecto-contagioso -de absoluta actualidad como consecuencia de la pandemia COVID-19; y, finalmente, los internamientos de extranjeros.

Tres supuestos que no constituyen una lista de *numerus clausus*, pero que a nuestro parecer representan la práctica totalidad de los casos más habituales a los que se enfrentan las FCSE y los Jueces y Tribunales, sin obviar que pueden significar, en porcentajes de probabilidad, los más susceptibles -posibles y probables- de sufrir una persona.

### **Quinto Capítulo. La detención ilegal cometida por funcionario público y su reflejo en el Código penal**

Llegados a este punto abordaremos el estudio de los tipos penales establecidos en el Código penal que se encuentren relacionados con el objeto de nuestro trabajo, buscando con ello un análisis que no pretenderá llevar a cabo una exhaustiva exégesis de los tipos penales señalados, examen del que se ha ocupado profusamente la doctrina y que consideramos suficientemente cubierto. Nuestra intención irá dirigida a tratar de encontrar los razonamientos jurídicos y fácticos que los Jueces y Tribunales han utilizado en la aplicación práctica de dichos preceptos.

Comenzaremos por el análisis del artículo 163 CP, su contenido y su función como supuesto de hecho básico o tipo esencial que se ocupa de la privación de libertad personal de un sujeto. Comprobaremos cómo es su utilización como figura jurídica principal sobre la que se desarrollan el resto de los tipos relacionados. A su vez, en cuanto al contenido del referido artículo, desarrollaremos por separado cada uno de sus distintos apartados.

Valorando la relación que tienen con la remisión que a él hace el artículo 167 CP.

Pasaremos posteriormente al artículo 167 CP, cuyo contenido dispone el tipo penal específico de la comisión del delito de detención ilegal perpetrada por autoridad o funcionario público. Por lo que, a tenor de sus palabras, valoraremos entre otros aspectos, el significado de la expresión “fuera de los casos permitidos”, así como el importante elemento subjetivo del dolo que, en nuestra opinión, puede determinar un papel esencial en cuanto al discernimiento sobre la arbitrariedad de la detención preventiva.

Con todo ello exploraremos la problemática existente respecto de que este precepto pueda significar un tipo penal de carácter híbrido que podría situarse a medio camino entre la detención ilegal cometida por un funcionario y la privación de libertad personal realizada por un particular del artículo 163 CP.

Con posterioridad, utilizando el estudio comparativo de estos preceptos, nos ocuparemos del artículo 530 CP, examinando su contenido y las diferencias existentes -principalmente- con el artículo 167 CP. Trataremos de indagar la verdadera significación de la expresión “mediando causa por delito”, literalidad que condiciona la totalidad del precepto. En suma, trataremos de delimitar, entre otras cuestiones, ¿qué debemos entender por delito?, ¿cuándo realizar esa distinción? Lo que deberá llevarnos a la fijación de un contexto más definido sobre lo que el legislador pretendió con el tipo, Ello, sin apartarnos de la interpretación jurisprudencial que se ha venido desarrollando y que vertebrará nuestra labor.

Acto seguido, una vez vistos los artículos aludidos, revisaremos la distinción existente en los artículos 167 y 530 CP, no exclusivamente en

cuanto los distintos presupuestos que en ellos se establecen<sup>23</sup>, sino también en cuanto a las diferentes penalidades que recogen. Circunstancia esta que podría implicar la inclinación del órgano jurisdiccional juzgador por un tipo u otro. Algo que no habría de suceder, puesto que los tipos penales se aplican en atención a los hechos probados y no en base a la gravedad de la pena que contemplan<sup>24</sup>.

En definitiva, lo que queremos comprobar es si existe una correcta disposición de los artículos que se ocupan de las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, y si de tal regulación se aplica una acertada y precisa lectura judicial por parte de los Juzgados y Tribunales.

### **Sexto Capítulo. El procedimiento de *habeas corpus*.**

Partiendo de la base de que el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía constitucional del derecho a la libertad personal. Nos cuestionaremos qué es el *habeas corpus*, comenzando desde sus inicios y antecedentes históricos, trataremos de obtener una visión global de su naturaleza jurídica y su contenido.

---

<sup>23</sup> Será nuestra intención conocer con más profundidad los condicionamientos legales que son exigidos por el artículo 167 CP y de qué modo tienen su reflejo en el artículo 530 CP. Nos estamos refiriendo a los requisitos de “fuera de los casos permitidos por la Ley” y “sin mediar causa por delito”, haciendo especial hincapié en cuál ha de ser la interpretación que hay que concederle al término “delito”.

<sup>24</sup> Evidentemente, todo ello nos proporcionará los elementos necesarios para tratar de conseguir analizar con precisión las sentencias del TS que tengan relación con la detención ilegal cometida por funcionario público, como decíamos antes, con la finalidad de conocer el razonamiento jurídico que utiliza en dichas resoluciones. Diferenciando con ello entre la remisión establecida en el artículo 167 CP a los distintos puntos del artículo 163 CP, y si con ello se logra una aplicación correcta de la norma penal y la consecución de una verdadera justicia.

Es necesario advertir que no pretendemos realizar una profundo y exhaustivo estudio de esta figura jurídica. De ello se han ocupado otros autores. Sin embargo, queremos abordar este procedimiento teniendo una mínima visión general que nos permita analizar su contenido y cómo se está resolviendo su utilización por parte de los sujetos activos y de qué manera está siendo su resolución por parte de los Jueces y Tribunales.

Por tanto, tras lo dicho, nos centraremos en los requisitos necesarios para su interposición; las fases del procedimiento -presentación de la solicitud de incoación, sujetos intervinientes, objeto, *petitum* y causa de pedir-; la vista oral y; finalmente, la resolución final y las costas.

Todo ello habrá de proporcionarnos el conocimiento del conjunto de este procedimiento, desde la perspectiva de su solicitud, admisión y resolución.

Como es sabido, un altísimo número de procedimientos de *habeas corpus* son inadmitidos *ad limine* por los Juzgados de Instrucción competentes. Por lo que también nos ocuparemos de la jurisprudencia del TC producida al respecto de los recursos de amparo relacionados con ello. Lo anterior dará un resultado, que confiamos sea revelador, sobre sí la actuación de los Juzgados competentes, respecto de dichos procedimientos, están actuando conforme a la establecido por la ley y la jurisprudencia vinculante del Alto Tribunal.

Por último, revisaremos de forma separada el recurso de amparo que se dispone como garantía del derecho fundamental a la libertad personal ante el TC.

### **Séptimo Capítulo. Inadmisión liminar del *Habeas corpus*. Posible prevaricación judicial**



Comenzaremos este capítulo bajo la influencia del anterior, en el que finalizábamos con el recurso de amparo ante el Alto Tribunal, y más concretamente al respecto de los procedimientos de *habeas corpus* inadmitidos liminarmente.

En este capítulo atenderemos a los trámites procesales de interposición del dicho recurso.

Comenzaremos con el estudio del incidente de nulidad de actuaciones<sup>25</sup>. Pretendemos explorar si posee carácter de actuación imprescindible o, por el contrario, si constituye una herramienta más a disposición discrecional del sujeto que considera que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad personal.

En último lugar, y en lógica sucesión de actos procesales y jurídicos que rodean al procedimiento de *habeas corpus*, nos encargaremos de examinar de forma objetiva y técnica la posibilidad de comisión de prevaricación judicial por parte de los Jueces de Instrucción, para ello nos fijaremos en la normativa que se ocupa de los elementos de dicho tipo penal, especialmente en los presupuestos de; “a sabiendas”; “dictare resolución”; “injusta” y, por consiguiente, del posible cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo penal de prevaricación judicial penal.

---

<sup>25</sup> Representa el último medio procesal para tutelar los derechos fundamentales. Se encuentra previsto en el artículo 241 LOPJ, y constituye el proceso incidental a través del cual se solicita la nulidad de los actos procesales si no se ha podido denunciar la infracción antes de la resolución definitiva y siempre que no quepa recurso ordinario o extraordinario contra dicha resolución.

#### **4.- Fuentes consultadas**

Siempre ha existido preocupación por el respeto y preservación del derecho a la libertad personal, sin embargo, en los últimos años ha habido un aumento del interés, tanto desde las instituciones –en general- como desde el poder legislativo, por los derechos y libertades, y en particular por el derecho a la libertad personal.

El tratamiento de la detención preventiva es, lógicamente, el hilo conductor entre sus distintos apartados de nuestro trabajo. Por ello, examinaremos obras especializadas en la materia, o que le afecten de manera transversal.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que cada capítulo cuenta con un contenido propio y diferenciado del resto, por lo que además de las obras comunes, contaremos con las especializadas del capítulo en cuestión.

El estudio de las diferentes obras doctrinales y manuales de Derecho penal serán fundamentales para profundizar en los distintos apartados que iremos desglosando. En este sentido, remitimos al apartado bibliográfico, en el que mostramos el material utilizado.

Es indudable que, en el desarrollo de una tesis, la cantidad de referencias bibliográficas, legislación, jurisprudencia, artículos publicados, etcétera, resulta, en ocasiones, abrumadora.

Evidentemente estudiaremos la legislación española: CE, CP, LECR, LOHC, etc., Sin embargo, en términos generales, indudablemente, abordaremos el conjunto normativo que afecta o que pueda influir en el objetivo de estudio.

Asimismo, el análisis de la jurisprudencia del TS resulta imprescindible para la valoración de la penalidad aplicada a los delitos objeto de nuestra investigación.

Al igual que también serán relevantes para nuestro estudio las resoluciones judiciales del TC, hasta el extremo de considerar necesario desarrollar un período de investigación en la propia sede del Alto Tribunal.

En cuanto a la normativa procedente de la UE se refiere, nos remitimos a la serie de Directivas que hemos expuesto con anterioridad. Sin olvidarnos de la CDFUE, y su correspondiente interpretación por parte del TJUE.

Respecto de dicha CDFUE, es necesario destacar que la función de la CDFUE no debería ser considerada, exclusivamente, como elemento de interpretación con carácter hermenéutico, sino que tiene, a su vez, el objetivo de constituir un patrón de protección habitual, al que habrá que acercarse cuando se interprete el Derecho. En esta línea se posiciona el TJUE<sup>26</sup> cuando señala en su jurisprudencia que, a tenor de lo establecido por el artículo 51.1 CDFUE, los derechos fundamentales estarán garantizados por el conjunto normativo de la Unión Europea.

Entre los preceptos a destacar, se encuentran el citado artículo 51.1 junto con el 52.7 CDFUE, y el artículo 6.1 TUE. El Tratado obliga a los Estados miembros de la Unión Europea, a que si un órgano jurisdiccional nacional debe “controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del” artículo 51.1 CDFUE, en una situación en la que la acción estatal no está totalmente determinada por el

---

<sup>26</sup> STJUE Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson (Gran Sala), Asunto C-617/10, Sentencia de 26 de febrero de 2013, párrafos 17 a 21, 28, 29.

Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales aun estando facultadas para aplicar estándares nacionales de protección de los DDFD deberán cuidar que la aplicación, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea desde los órganos jurisdiccionales de los Estados, no afecte al nivel de protección previsto por la CDFUE, respetando la interpretación realizada por el TJUE.

Por lo que respecta a los Tratados Internacionales de los que España forma parte, entre otros, son de suma importancia: el PIDCP, ratificado por España, el 13 de abril de 1977; el CEDH, como instrumento jurídico que implementó un sistema de peticiones individuales, y que generó la creación del TEDH.

Como ha quedado puesto de manifiesto en cuanto a la jurisprudencia atañe, es evidente que nuestro estudio parte de las sentencias del TS, y de la jurisprudencia del TC, sin embargo, continúa con la jurisprudencia del TJUE y el TEDH, ello por dos circunstancias importantes.

Por una parte, como es sabido, el artículo 4 bis LOPJ establece que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, y que cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Y, por otra, hasta que la Ley Orgánica antes citada, instauró el artículo 5 bis LOPJ, en el ordenamiento jurídico español no existía una cobertura legal a la interpretación de las resoluciones del TEDH, es decir no existía manera de hacer efectivas las sentencias dictadas por el TEDH cuando en ellas se declaraba la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles. Con dicho precepto se estableció la posibilidad de interponer recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme.

## 5.- Metodología

El enfoque que en el ámbito del Derecho proporcionamos a la metodología nos muestra, necesariamente, una visión primera y principal sobre el razonamiento jurídico. Veamos éste, sucintamente, a través de unos breves apuntes, de los que partiremos como antecedente.

En el ámbito del Derecho, el razonamiento jurídico reacciona ante criterios de admisión, razonabilidad o probabilidad, sin embargo, su peculiaridad surge en un aspecto que le proporciona una especial singularidad, dado que éste –el razonamiento jurídico- se realiza con normas jurídicas, puesto que entre sus proposiciones siempre hay normativas – estrictamente jurídicas-.

Es decir, dichas bases empíricas que utiliza el razonamiento jurídico, en ocasiones –con frecuencia-, actúan como normas jurídicas que influyen, fijan o dirigen el establecimiento y desarrollo de dichas inferencias de hecho. En otras palabras, los razonamientos jurídicos nacen de la norma y son influidos por ella.

Es una certeza que las ciencias sociales no pueden alcanzar al riguroso nivel de conocimiento científico de una ciencia en sentido estricto, pero en cuanto se esfuerzan por responder a criterios científicos, deben tender a una actitud teórica y sistemática respecto de su objeto de conocimiento.

Por ello, es necesario aceptar que no hay teoría jurídica alguna que pueda ser formulada y ser verificable en su aspecto científico-estricto, por lo que vano es el esfuerzo para evitarlo. En general, las disciplinas científico-sociales tendrán, habitualmente, un inevitable carácter casuístico.

En suma, en el ámbito práctico y jurídico, la metodología del razonamiento es la descripción y explicación de los procesos mentales que sigue el raciocinio para aplicar el conjunto normativo a la resolución de un caso concreto y obtener así un dictamen justo del mismo.

En otras palabras, es el conjunto de métodos que sigue la ciencia jurídica para obtener el conocimiento del Derecho, tanto en la aplicación de las normas, como desde un punto de vista teórico de investigación y análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico, en el que incluimos - por su trascendencia, lógicamente, la jurisprudencia de los distintos Tribunales-.

Es decir, el razonamiento jurídico es un análisis estrictamente teórico de normas jurídicas en sentido abstracto, en orden a su creación e interacción entre ellas, y como consecuencia, en el establecimiento de principios fundamentales y conceptos jurídicos que parten de ellas.

Por lo tanto, y como derivación de lo anteriormente expuesto, el método empleado en la presente tesis doctoral está siendo el razonamiento jurídico y el deductivo.

Y, es por ello que, sobre la base de unos indicios generales, desarrollados y dirigidos hacia la concreción, llegaremos a deducir enunciados particulares. Examinando el concepto de privación de libertad personal -detención preventiva, eminentemente- así como la relación de este término con figuras cercanas al mismo, a fin de proceder a depurar el significado de dicha expresión.

Con este motivo, y por lo que respecta a las técnicas metodológicas, emplearemos en el transcurso y desarrollo de la presente tesis una técnica cualitativa, examinando las posiciones y evaluaciones de los principales

expertos en la materia, es decir, las diferentes corrientes y posturas doctrinales <sup>27</sup> ; los manuales de Derecho penal actualizados y las Exposiciones de Motivos de las principales disposiciones legalmente aplicables.

Completando dicho estudio con el tratamiento de una investigación cuantitativa, dirigida al análisis del ordenamiento jurídico vigente -derecho positivo- y las resoluciones judiciales más relevantes dictadas en esta materia.

Indudablemente, como ya advertimos, será necesario acudir a la jurisprudencia del TS, TC, TJUE y del TEDH<sup>28</sup> a fin de averiguar los elementos configuradores –a juicio de los órganos que juzgan- del delito de detención ilegal cometida por funcionario público.

Al mismo tiempo, el estudio de obras sobre la materia permitirá valorar la evolución de los derechos del detenido, y su posible vulneración a lo largo de estos últimos años. Por ello es esencial el examen de artículos y jurisprudencia a fin de estudiar las figuras jurídicas que guardan relación con la detención preventiva.

---

<sup>27</sup> Por lo tanto, la corriente doctrinal que hacen autores importantes y la jurisprudencia de los distintos órganos jurisdiccionales *supra* citados, son determinantes a la hora de completar el contexto en el que se realizan las privaciones de libertad personal, estableciendo la relación que existe entre los márgenes y límites que el ordenamiento impone y la forma en que tales detenciones los conculcan.

<sup>28</sup> En nuestra opinión, es esencial el estudio de artículos y jurisprudencia a fin de estudiar las figuras jurídicas que guardan relación con la detención. Por lo tanto, la corriente doctrinal que hacen autores importantes y la jurisprudencia del TS, TC, TEDH, TJUE son determinantes a la hora de completar el contexto en el que se realizan las detenciones, estableciendo la relación que existe entre los márgenes y límites que el ordenamiento impone y la forma en que las detenciones los conculcan.

Por consiguiente, efectuamos una investigación, con el ánimo de conocer el marco legal establecido respecto de los derechos del detenido, y su incumplimiento por parte de los funcionarios públicos.

Con el fin de lograr nuestro objetivo, nos personaremos en centros especializados donde se encuentran las obras a consultar. Igualmente hemos de destacar el período de investigación que realizaremos en el TC, teniendo a nuestra disposición la biblioteca del Alto Tribunal, considerada – merecidamente- como una de las más completas y amplias. Obviamente, también existe una ingente cantidad de material de estudio a través de los portales de internet especializados en la materia.

En conclusión, se trata de una metodología basada en la investigación analítica, deductiva y comparativa, que nos permita descubrir las causas por las que nos encontramos ante una interpretación jurisprudencial de estos delitos que podría adolecer de uniformidad, y una muy desigual aplicación de la legislación.



## CAPÍTULO I

### LA LIBERTAD

Comenzaremos el presente capítulo refiriéndonos, aunque sucintamente, al concepto de libertad, el cual podríamos decir que tiene, desde el punto de vista del positivismo constitucional, dos dimensiones: una “organizativa” que se manifiesta en los siguientes requerimientos: soberanía popular, tolerancia, elección de gobernantes por sufragio universal, separación de poderes, reconocimiento y garantía de derechos fundamentales, ello desde un enfoque constitucional.

Y otra dimensión, en cuanto al “*status* de las personas” que a su vez podemos desglosar en: a) libertad-prestación, por la que el Estado tiene obligaciones positivas con respecto al ciudadano; b) libertad-participación, por la que el ciudadano participa de los asuntos públicos y creación de las leyes; c) libertad-autonomía, por la que existe un ámbito de actuación del individuo sin injerencias ajenas.

Es precisamente esta última la que más nos interesa y la que constituye la piedra angular y clave de las libertades del ser humano. Es decir, se trata de la libertad personal y ambulatoria como capacidad de fijar su situación en el espacio.

Ante estas dos dimensiones “organizativa” y “*status* de las personas”, VIVES ANTON nos habla de dos polaridades: libertad positiva y libertad negativa. “es por ello por lo que podemos señalar dos conceptos distintos de la libertad personal que suelen ser confundidos con cierta frecuencia. Por una parte, existe la denominada libertad negativa, es decir la libertad de elegir sin que concurran interferencias externas o ajenas. Y por otro lado,

tenemos la llamada libertad positiva, la cual reside en que el sujeto es dueño de sí, en ser su propio amo”<sup>29</sup>.

Una reflexión amplia sobre los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la libertad que nos ocupa (el más anhelado por el ser humano) debe remontarse a los inicios del pensamiento humanista. En los siglos XVI-XVII se denominan “derechos naturales”, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, y se recoge el derecho a la libertad, calificándolo como un derecho inalienable. “Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”<sup>30</sup>. En esa línea se considera la libertad de los ciudadanos en diversos contextos: sociales, políticos, económicos, y, por supuesto, judiciales.

Dentro del constitucionalismo, la libertad respaldada por las tesis de la doctrina, y mantenida por el iusnaturalismo racionalista, como señalábamos antes, se situó como uno de los derechos inalienables, y que le son debidos al hombre por su propia naturaleza. Por ello, la libertad fue introducida como derecho en la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, de 17 de septiembre de 1787. Ello como consecuencia de la IV Enmienda, cuyo tenor literal reza: “el derecho de la población a la seguridad en sus personas, sus casas, documentos y efectos, contra

---

<sup>29</sup> VIVES ANTON, T. S.: La libertad como pretexto, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páginas 216 y 217.

<sup>30</sup> Y continúa señalando que “para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad”

incautaciones y cacheos arbitrarios no deberá ser violado, y no habrán de expedirse las órdenes correspondientes si no existe una causa probable, apoyada por Juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso”.

Por ello precisamente consideramos que no se puede obviar la importante aportación que conforma el Derecho Constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, y que comprenden medidas esenciales que marcan las garantías legales de la libertad personal, con la finalidad de evitar las detenciones ilegales, entre ellas, la del procedimiento de *habeas corpus*<sup>31</sup>, denominado en su caso, como el Bill of Rights de Virginia de 1760<sup>32</sup>.

A partir del siglo XVIII, esos derechos inalienables comienzan a denominárseles como “derechos del hombre” y en 1789 se consagran en

---

<sup>31</sup> El artículo 39 de la Carta Magna relacionada, a su vez, con otros documentos, como la Petition of Rights de 1628, en los que obligatoriamente se incluye el Writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, el cual, ha sido definido etimológicamente en la historia del Derecho como “que tengas (tu) cuerpo (para exponer)”, “tendrás tu cuerpo libre”, como garantía específica para la protección de la libertad personal, que implican y muestran, la lucha por su reconocimiento, que evidentemente no ha sido una graciosa y magnánima concesión del absolutismo, sino una conquista, como consecuencia de la presión social contra la tiranía. Ello se produce en esta fase del constitucionalismo contra formas autoritarias de poder político como las monarquías absolutistas de Inglaterra y Francia, que han sido ejemplos del autocratismo, cuyos rasgos esenciales aparecen justamente en los primeros Estados modernos comúnmente conocidos como el “antiguo régimen”.

En este mismo sentido se sitúa MIRO QUESADA RADA, F.: Manual de Ciencia Política, Ediciones legales, Lima, Perú, 2012.

<sup>32</sup> En la sección 10 del Bill of Rights de Virginia de 1776, se prohibía los arrestos sin pruebas de haber cometido delito previamente, al igual que en las siguientes Constituciones; la de Pennsylvania de 1776; la de Maryland de 1776; la de Vermont de 1777; la de Massachusetts de 1780 y la de New Hampshire de 1784.

la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, regulando y aludiendo expresamente a la libertad (como derecho fundamental y positivo) en sus artículos<sup>33</sup> 1, 2 y 4. La Constitución Civil francesa de 1791, por su parte, reúne en su artículo 3, los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad<sup>34</sup>. En ella, volvemos a encontrarnos el derecho a la libertad, situado entre el derecho a la vida y el derecho a la seguridad, siendo el triunvirato básico de los derechos humanos.

Así, vemos cómo los derechos fundamentales aparecen como la fase más avanzada del proceso de positivización de los derechos naturales en los textos constitucionales de los Estados de Derecho. Los derechos humanos son las facultades que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos. Por tanto, los derechos fundamentales son los efectivamente garantizados por el ordenamiento jurídico positivo. Confieren a su titular un poder de

---

<sup>33</sup> DUDH 1789, artículos 1. “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. Artículo 2. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (...) Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

<sup>34</sup> La Constitución Civil francesa de 1791 dispone en su artículo 3: “la Constitución garantiza así mismo, como derechos naturales y civiles: La libertad de todo hombre para ir, permanecer y partir, sin poder ser de arrestado o detenido, más que según las formas determinadas por la Constitución; la libertad de todo hombre de hablar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin que sus escritos puedan ser sometidos a censura ni inspección antes de su publicación, y de ejercer el culto religioso al que pertenece; la libertad de los ciudadanos de reunirse pacíficamente y sin armas, de conformidad con las leyes de policía; y la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente”.

proceder y exteriorizar el señorío de su voluntad. En cuanto a las libertades públicas, convenimos en que son el ámbito de actuación de los particulares ajenos a intromisiones externas, y otorgan a su titular un poder de reacción para su defensa.

Es decir, tanto los derechos fundamentales –que tienen soporte y permiten su ejercicio- como las libertades públicas conforman el reflejo de la libertad.

Retrotrayéndonos a la época del constitucionalismo, vemos cómo la libertad se plasmó en las constituciones de una forma expresa y concreta, como a nuestro juicio, no podía ser de otro modo. Ejemplo de ello es la Constitución Civil francesa de 1791, que mencionábamos *ut supra*, la cual cita, literalmente, en su artículo 3 que la Constitución garantizará la libertad de todo hombre para ir, permanecer y partir, sin poder ser arrestado o detenido, a hablar y escribir, a reunirse pacíficamente, y a dirigirse a las autoridades.

Este desarrollo a lo largo del tiempo nos muestra que la libertad personal ha sido una conquista frente al absolutismo, la arbitrariedad y el terror político<sup>35</sup>. Con frecuencia la privación de la misma se convierte en un medio para atentar contra los demás derechos fundamentales de la persona, tales como la libertad de expresión, de asociación o el derecho a participar en la vida política, o bien su vulneración obedece a motivos discriminatorios<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> En opinión de LUCAS VERDÚ, P.: Curso de Derecho Político, Volumen III, Madrid, 1976, páginas 128 a 129.

<sup>36</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Oficina de Colombia, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Bogotá, Colombia, 2004, página 279.

A todo lo anterior sumamos, por su relevancia a nivel internacional, la DUDH, la cual en el artículo 3, enuncia que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, añadiendo en el artículo 29 párrafo segundo que, en el ejercicio de sus derechos y libertades, toda persona, estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Lo que viene a confirmar la trascendencia innegable del derecho a la libertad.

Asimismo, en el PIDCP, volvemos a encontrarnos el derecho a la libertad unido al concepto de seguridad personal, y en su artículo 9.1<sup>37</sup> recoge expresamente el derecho a no ser detenido o sometido a prisión arbitraria. El CEDH, hace prácticamente una transcripción similar, añadiendo el amparo que otorga el principio de legalidad, en su artículo 5.1 “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Artículo 9.1 PIDCP “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”

<sup>38</sup> A estos preceptos, mencionados, podemos añadir el artículo 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cuál dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...”, y el artículo 6 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos El artículo 6 de la Carta establece: “todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente”.

Tanto en la DUDH<sup>39</sup>, como en los tratados internacionales de derechos humanos, que desarrollan los derechos consagrados en las Constituciones, incluyen y garantizan el derecho de la persona a su “libertad y seguridad”.

Según establece el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española establece se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En la práctica, el Tribunal Constitucional hace referencia a los tratados para ampliar y completar el contenido del derecho, tal y como se reconoce en el ordenamiento interno. Se permite integrar en él la doctrina de tribunales internacionales tales como el TEDH y el TJUE especialmente en relación con la CDFUE.

Sobre este último Tribunal debemos destacar El TJUE realizará una interpretación sustantiva de los derechos de la CDFUE, así como de las normas que establecen los derechos fundamentales, ello en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Interpretación que habrá de ser uniforme con tales derechos, teniendo en cuenta las tradiciones constitucionales que tengan en común los distintos miembros de la Unión Europea y los derechos incluidos en el CEDH y la interpretación que de ellos haga el TEDH. Es oportuno recordar que la totalidad de los miembros de la Unión Europea son parte del CEDH. Sobre ello se ha manifestado el TJUE <sup>40</sup>, señalando que respecto de la protección de los derechos

---

<sup>39</sup> La DUDH, confirma la trascendencia, innegable, del derecho a la libertad, en el artículo 29, párrafo segundo, “en el ejercicio de sus derechos y en el ejercicio de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>40</sup> STJUE Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Gran Sala), Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013, párrafos 62 y 63.

fundamentales, la uniformidad de dicha preservación, se sustenta en la propia normativa; en los principios reconocimiento mutuo<sup>41</sup> y en el de la confianza.

Así las cosas, hay que tener presente que, entre los derechos fundamentales, sobresalen el derecho a la libertad; el derecho a la integridad física; y el derecho a la vida, constituyendo los bienes más importantes de un ser humano.

De lo anterior, surge la relevancia de la vinculación que tiene la libertad personal con otros derechos fundamentales y libertades públicas.

El derecho a la vida, se encuentra incluido dentro del llamado trípode vital. El primero de los artículos de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, que lleva como rúbrica “de los derechos fundamentales y libertades públicas”, avala este trío compuesto por la vida, la integridad física y la moral.

El *status* de derecho fundamental se adquiere cuando el Estado los reconoce expresamente y los respeta con las garantías necesarias para que puedan ser exigidos y no queden en meras declaraciones de principios. Se trata de un triunvirato que, en ocasiones, es conculcado en el delito de detención ilegal cometida por funcionarios públicos, especialmente en regímenes dictatoriales, en los que las detenciones policiales violan el derecho a la libertad personal de forma injustificada y arbitraria, atentan contra la integridad física en búsqueda de confesiones u objetivos (tortura), dañando la integridad moral, y en numerosas ocasiones, finalmente, quitando la vida (desaparecidos).

---

<sup>41</sup> En relación con esto, habrá de tenerse en cuenta que según el artículo 67, apartados 3 y 4, TFUE – que se ocupa del espacio de libertad, seguridad y justicia—, “los Estados han acordado dar reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales y, en materia penal, ello puede hacerse incluso mediante la aproximación de las legislaciones penales”.



En todo régimen democrático que se precie, el TC señala con su jurisprudencia que la libertad ha de ser la regla general y nunca la excepción<sup>42</sup>.

Con el surgimiento de los Estados liberales aparece la concepción de libertad entendida como derecho subjetivo general a todos los seres humanos, quienes no podrán ser privados de ella, salvo en supuestos limitados y tasados.

Como desarrollaremos más adelante, para que pueda producirse la privación de libertad personal, habrán de reunirse una serie de requisitos o presupuestos. Entre los que consideramos esenciales están: la existencia de una circunstancia que la haga precisa; que tal causa haya sido recogida de forma previa en una norma –con forma de ley- que la justifique; y por último, la garantía de que únicamente podrá ser un órgano jurisdiccional quien decidirá si concurren los requisitos necesarios para decretar la privación de libertad<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> STC 93/1992, de 11 de junio. En ella el Alto Tribunal se manifiesta sobre la libertad en cuanto a su condición de presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad, estableciendo en el Fundamento Jurídico 8 que, “el principio general de libertad que consagra la CE en sus artículos 1.1 y 10, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones”. En similares términos se pronuncia en la sentencia 209/2000, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 3 “ello en consecuencia de la importancia de la libertad, (...) que no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico -artículo 1.1 CE- sino además un derecho fundamental -artículo 17 CE- que está vinculado directamente con la dignidad de la persona y cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales.

<sup>43</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional de la libertad personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páginas, 229 a 231.

El derecho a la libertad personal, en su condición de derecho público subjetivo, en opinión de SORIANO SORIANO forma parte del *status libertatis* formado por el grupo de derechos de autonomía de la persona situados fuera de la intervención del Estado, el cual posee una relación (jurídica y pública) con el ciudadano<sup>44</sup>.

La Carta Magna consagra la libertad en el artículo 17, reconociendo al ciudadano la posibilidad de determinar su conducta sin que dicha actuación pueda sufrir limitaciones, impedimentos o injerencias por parte de terceras personas o de los poderes públicos, siempre que la conducta de la persona sea lícita.

Coincidimos con GARCÍA MORILLO, cuando afirma que dicho precepto constituye la piedra angular, en la que se sustenta la normativa de las libertades públicas y de la seguridad jurídica de los ciudadanos<sup>45</sup>.

En las siguientes páginas nos detendremos, de forma más pormenorizada, en el análisis del referido artículo 17 CE. Como es sabido, en su punto uno, enuncia el mandato constitucional: “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”, lo que convierte a este precepto en punto de partida y a la vez, en objetivo final de gran parte de las exégesis que se pretendan sobre la libertad personal.

A continuación, se establecen diversas garantías, que a la vez son derechos procesales para su realización efectiva: límites temporales de la detención -17.2 CE-; derechos del detenido -17.3 CE-; y finalmente el 17.4

---

<sup>44</sup> En este sentido se posiciona SORIANO SORIANO, R.: El derecho de *habeas corpus*, Congreso de los Diputados, Monografías, número 6, Madrid, 1986, páginas 11 y 12.

<sup>45</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... Op., cit., página 231.

CE, introduce la garantía procesal del *habeas corpus*, como mecanismo específico de su defensa.

No obstante, es necesario tener presente que el derecho a la libertad personal, pese a ser un derecho fundamental, no es un derecho absoluto, sino que puede verse restringido en los supuestos en que sea necesaria la protección de valores y principios constitucionales. De forma directa, el propio artículo 17 CE trata de proteger a las personas de la posible utilización incorrecta de dos supuestos de limitación de la libertad personal ambulatoria: la prisión provisional y la detención preventiva, como consecuencia de la posible comisión de un ilícito penal. Siendo este último supuesto uno de los objetivos del presente estudio. Si bien, tenemos que puntualizar que éstos no son los únicos casos de privación de libertad constitucionalmente admisibles<sup>46</sup>, como veremos a lo largo de éste trabajo.

Los derechos fundamentales a la libertad y la seguridad son conformados en sentido negativo, lo que conlleva la regulación de las perturbaciones o injerencias exteriores que entorpezcan o perturben su práctica efectiva<sup>47</sup>.

La protección de los supuestos de limitación o supresión de la libertad y la seguridad personal se establecen, igualmente, en sentido negativo. Por ello, su reconocimiento constitucional se concreta en un conjunto de medios

---

<sup>46</sup> El CEDH recoge una serie de supuestos de privación de libertad diferentes a la propia detención, regulados en su artículo 5. Debemos recordar que es parte del ordenamiento jurídico español, tal y como establece el artículo 10.2 CE.

<sup>47</sup> STC 15/1986, de 31 de enero, en la que apunta que “el derecho a la libertad y a la seguridad comporta la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que, adoptadas arbitraria ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en todo momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones”.

dirigidos a garantizarlas y que se disponen en el desarrollo de los apartados del artículo 17 CE, que más adelante vamos a examinar.

## **1.- La libertad personal**

Para profundizar en la figura de la libertad personal, partimos de la definición filosófica sugerida por KANT, quien defendía que “la libertad, en la medida en que puede coexistir con la libertad de todos los demás, de acuerdo con una ley universal, es el único derecho original que corresponde a todos los hombres en virtud de la humanidad de estos”<sup>48</sup>.

Sobre su concepto genérico, apuntaremos que en la Constitución Española no existe definición de qué hemos de entender como libertad. Por su parte, en la Real Academia de la Lengua Española, existen diferentes definiciones y acepciones sobre la palabra libertad.

La acepción antropológica la define como facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes, ni a las buenas costumbres, así como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y no obrar, por lo que es responsable de sus actos. La definición más breve sería la de “estado del que no está preso”.

A este respecto, y tratando de ser conciso, GARCÍA MORILLO considera que libertad sería “la ausencia de sujeción o subordinación que permite hacer todo cuanto no se oponga a las leyes”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> KANT, I.: Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Encuentro, Madrid, 2003, página 75.

<sup>49</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 29.

Sobre ello añade SERRANO ALBERCA que “vemos que el sujeto activo del derecho es, por tanto, la persona física individual, sin distinción de género alguno, ni siquiera de nacionalidad. Y el sujeto pasivo, es básicamente el Estado, porque aunque la Constitución Española incluya dentro de su ámbito de tutela los ataques a la libertad efectuados por particulares, lo cierto es que fundamentalmente el sentido del Derecho es proteger al individuo frente a la actuación del Poder ejecutivo”<sup>50</sup>.

Por su parte, apunta FERNÁNDEZ SEGADO que “la libertad personal en España, en su origen histórico y dentro del ámbito que nos ocupa, tenía como finalidad primigenia proteger al ciudadano frente a la arbitrariedad en las detenciones y prisiones anteriores a la finalización de un proceso penal por una sentencia judicial, sin que, frente a las privaciones de libertad acordadas en ésta, nadie cuestionara su legitimidad, siempre que fueran impuestas por Tribunal competente y de conformidad con el procedimiento legalmente establecido”<sup>51</sup>.

En cuanto a los intentos de hallar un concepto de libertad, la doctrina se ha encontrado con una gran dificultad para una descripción positiva -al igual que respecto de la seguridad personal-. Ello se debe a que el concepto de libertad se considera conocido y supuesto, lo que ha llevado a que se construya en torno a un concepto negativo, en el que se excluyan las interferencias y se establezcan los límites que no deben traspasarse.

En cuanto a ello, RIVERO SANTANA sostiene que las condiciones que configuran la detención legal expresan la relevancia del derecho fundamental de la libertad, la cual constituye un valor superior de nuestro

---

<sup>50</sup> SERRANO ALBERCA, J. M.: Comentario al artículo 17 CE, Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, editorial Edersa, Madrid, 1978, página 378.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: El derecho a la libertad y la seguridad personal en España, Revista *Ius et Praxis*, Volumen 5, Número 1, Santiago de Chile, 2006, página 17.

modelo constitucional, que viene regulada en el Capítulo Segundo, del Título Primero, de la CE, bajo la denominación “derechos y libertades”<sup>52</sup>.

Y continúa señalando dicho autor que “el derecho a la libertad personal, como derecho humano, adquiere una protección especial, tanto en instrumentos internacionales, como en legislación nacional, estableciendo mecanismos jurídicos que impidan que las autoridades estatales lo vulneren, bien sea en el marco de sus funciones o de manera ilegal en expresión del desbordamiento de su poder”<sup>53</sup>.

En este sentido, podemos afirmar que la protección de este derecho es la prueba evidente de la evolución y humanización de la ciencia jurídica.

Añadiendo a ello RIVERO SANTANA que “el legislador constitucional se esforzó en plasmar a la libertad como valor superior, proyectándola como la capacidad de autonomía que tiene el sujeto para optar entre las diferentes opciones que se le presentan en la vida. Todo ello tiene, como respuesta lógica, el valor que asume la libertad como derecho fundamental anterior al propio ordenamiento constitucional, puesto que resulta inherente a la propia naturaleza humana”<sup>54</sup>.

Por su parte, GUDE FERNANDEZ opina que “la libertad implica la facultad de autodeterminación personal con ausencia de cualquier presión o condicionamiento que la conviertan en imposible”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> RIVERO SANTANA, V.: Los derechos del detenido en el ámbito de los derechos fundamentales, Tesis, Universidad Las Palmas de Gran Canarias, 2015, página 42.

<sup>53</sup> *Ibíd*em, página 59.

<sup>54</sup> *Ibíd*em, página 43.

<sup>55</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, página 229.

Abundando en esa idea, FREIXES SANJUÁN considera que ésta se define como aquel derecho fundamental que postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal<sup>56</sup>.

Es, sin duda, una libertad de las personas físicas, de la persona humana, en cuanto ser corporal. Éste es uno de los aspectos que destaca GARCÍA MORILLO, quien considera que la libertad personal “cubre exclusivamente los comportamientos corporales y materiales que, presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente con el movimiento físico”<sup>57</sup>.

Por su parte, BANACLOCHE PALAO sostiene que tanto el sentido positivo de la libertad (como autodeterminación) como el negativo (ausencia de impedimentos) no implican contradicción lógica, pues es perfectamente posible y deseable que todo individuo pueda actuar como mejor le parezca, sin depender de otra voluntad que la suya propia. Por ello, explica este autor que en la sociedad deberían integrarse ambas dimensiones y concluye señalando que “tal libertad puede definirse como la facultad inherente a toda persona de moverse libremente en el espacio sin otras limitaciones que las impuestas por las condiciones del medio en el que pretende actuar”<sup>58</sup>.

Considero oportuno traer a colación las observaciones realizadas al respecto por FUERTES-PLANAS ALEIX. Esta autora aporta una concepción bidireccional cuando afirma que es el máspreciado de todos los derechos subjetivos. De un estatuto puramente deontológico, pasó a

---

<sup>56</sup> FREIXES SANJUÁN, T.: Reflexiones sobre la interpretación jurisprudencial del derecho a la libertad personal, Revista Vasca de Administración Pública, número 35, 1993, página 82.

<sup>57</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 33.

<sup>58</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad personal y sus limitaciones, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, páginas 7 y 8.

ser concretado cuando se traduce en el contenido de una relación jurídica entre la entidad política y los gobernados o ciudadanos. Esta relación de derecho surgió cuando el Estado decidió respetar una esfera de libertad a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico<sup>59</sup>.

Abundando en este planteamiento PATIÑO GONZÁLEZ opina que, “de los derechos subjetivos públicos, es el más determinante por cuanto es presupuesto esencial para la materialización de otros derechos inalienables (vida, igualdad, intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, etc.) y base para el desarrollo de la dignidad humana en su más amplia expresión”<sup>60</sup>.

En esta línea MARTÍNEZ PARDO señala que “el derecho a la libertad personal se caracteriza porque su definición conlleva una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, lo que supone que, en cuanto límite, lo que impone es básicamente una actitud de abstención por parte de todos los sujetos, y especialmente, por los poderes públicos”<sup>61</sup>.

En suma, puede decirse, siguiendo a PACE, que la libertad personal “es aquella de la que dispone toda persona física en cuanto ser humano, de la que forman parte las manifestaciones corporales y materiales que requieren la presencia del titular del derecho, expresados mediante el comportamiento físico y de la que se excluyen todas aquellas actividades humanas que no posean este carácter”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> FUERTES-PLANAS ALEIX, C.: El *habeas corpus*”, en Revista Universidad Complutense Madrid, número IV, Madrid, 2007, páginas 1 a 2.

<sup>60</sup> PATIÑO GONZÁLEZ, M.C.: Naturaleza jurídica del *habeas corpus*, Doctrina y Ley Bogotá, 2005, página 18.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J.: La detención y el internamiento de extranjeros. Universidad de Valencia, Valencia, página 164.

<sup>62</sup> PACE, A.: Problemática delle libertà costituzionali, volumen 1, editorial CEDAM, Padua, 1992, página 49.



En nuestra opinión, la libertad personal, en un sentido extenso, puede definirse como la soberanía moral que se materializa en la capacidad de elegir, a través de la utilización de la razón, entre diversos medios y fines para establecer así los modos de vida o cursos de acción, las relaciones interpersonales y las organizaciones sociales que constituyen las culturas y la historia.

Así pues, tal y como adelantábamos en los primeros apartados del presente capítulo, la ordenación del derecho a la libertad personal tiene una doble configuración, positiva y negativa.

La primera, en cuanto que la libertad personal conlleva la posibilidad de realización de cualquier actividad. Supone que corresponde a las personas su propia organización y autodeterminación. Es, por tanto, una potestad que implica la posibilidad de adoptar y llevar a cabo sus propias decisiones, configurando, por ende, su capacidad de obrar y de actuar según su propia voluntad. Es decir, la libertad personal supone que toda persona puede dirigirse hacia donde quiera.

Y, por lo que respecta a la segunda, el derecho a la libertad personal, entraña la prohibición a terceras personas de realizar actividad alguna que esté dirigida a obligar a otra a hacer aquello que no desea; en suma, la prohibición de dirigir a alguien en contra de su voluntad.

Hasta aquí y como consecuencia de las opiniones doctrinales que hemos visto, queda apuntada la dimensión esencial que constituye el derecho a la libertad personal considerándola como libertad genérica de actuación, es decir, de autodeterminación individual.

Vamos a exponer a continuación, la posición que sostiene la jurisprudencia al respecto.

El TS describe la libertad personal, recurriendo a los tipos penales de detención ilegal recogidos en el CP, definiéndola como, el derecho a “no verse constreñido a estar donde no quiere estar, en razón de una fuerza física o psíquica ilegítima que le obliga a ello, o expresado de otra forma”<sup>63</sup>. Señalando finalmente que es el derecho a “fijar por sí mismo su situación en el espacio”. Añadiendo que este derecho consiste en no sentirse obligado a permanecer en un lugar en el que no se desea permanecer, como consecuencia de una fuerza física o psíquica ilegítima que le obliga a ello, es decir, le impide a “fijar por sí mismo su situación en el espacio”<sup>64</sup>.

Por su parte, el TC considera que el derecho a la libertad personal implica el derecho a no sufrir “detención, condena o internamientos arbitrarios”<sup>65</sup>. Y añade que “la libertad personal protegida en el artículo 17.1 CE es la libertad física”<sup>66</sup>. Concibiendo la libertad como aquella autonomía del individuo, para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, o libertad general de actuación o de autodeterminación del individuo.

Sin embargo, el derecho a la libertad no puede ser absoluto y deberá ser limitado en ciertos casos. Así parece entenderlo cuando afirma que es

---

<sup>63</sup> STS de 25 de octubre de 1991.

<sup>64</sup> STS de 9 de junio de 1993.

<sup>65</sup> STC 120/90 de 27 de junio, Fundamento Jurídico 11, en el que se citan las SSTC 126/87, 22/88, 112/88 y 61/90.

<sup>66</sup> STC 120/90 de 27 de junio. En este sentido y valorando la importancia del artículo 5 CEDH, como podrá comprobarse durante el desarrollo del este trabajo, debemos señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, coinciden en considerar que la libertad que se establece en el artículo 5 CEDH, es la libertad física. Como pone de manifiesto la STEDH, Asunto Engel y otros, de 8 de junio de 1976, serie A, nº 22 y DCEDH 10871/84, 48-154 (1986), asunto Winer, se expresan, nítidamente, en el sentido “las palabras libertad y seguridad... se refieren a la libertad y a la seguridad”.

necesario “interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad”<sup>67</sup>.

El Alto Tribunal elabora su propio concepto de libertad personal señalando que se trata del “derecho que le corresponde a toda persona, a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia, o con otras palabras, a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona, de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”<sup>68</sup>.

Obviamente, será este aspecto personal y “físico” que destacan ambos Tribunales -TS y TC- el que primará en nuestro análisis, como consecuencia del objetivo de nuestro estudio.

En este orden de cosas, y valorando la importancia del artículo 5 CEDH, debemos señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, coinciden en considerar que la libertad que se establece en el artículo 5 CEDH, es la libertad física.

Como pone de manifiesto el TC, el derecho de libertad personal es aplicable en cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto-determinar, por obra de su voluntad, una conducta lícita<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> STC 112/1988, de 22 de junio en su Fundamento Jurídico 2.

<sup>68</sup> STC 15/1986, de 31 de enero, Fundamento Jurídico 2.

<sup>69</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 4.

## 2.- Posibles limitaciones al derecho a la libertad personal

En cuanto a las circunstancias que son requeridas para la privación del derecho a la libertad personal, haremos referencia a la necesidad de que se haya producido un hecho o suceso que, con anterioridad, haya sido recogido en una norma jurídica que justifique tal privación. O que, sin haber acaecido, no éste permitido por ser contrario a los derechos humanos o a la dignidad<sup>70</sup>.

Tal y como apuntamos en páginas anteriores, dicho precepto legal debe ser, necesariamente, una norma con rango de ley, puesto que sólo por ley es posible establecer las causas de privación de libertad, de igual modo se exige que únicamente a través de un órgano jurisdiccional, se podrá decidir si se dan los presupuestos que justifican la privación de libertad personal. Así viene establecido en la Constitución Española, como es sabido.

Evidentemente, la libertad personal puede sufrir limitaciones, injerencias, o restricciones, que veremos durante el desarrollo de nuestro estudio, por lo que a los supuestos de la detención preventiva, añadiremos la restricción de libertad personal *in situ*, generalmente para una identificación -también denominada retención simple<sup>71</sup>, para las pruebas

---

<sup>70</sup> En esta línea, si se piensa en términos de limitación de la libertad personal, bastaría un hecho incompatible con los derechos humanos o con la dignidad –aunque no exista norma específica al respecto, por ejemplo: explotación laboral, condiciones inhumanas, etcétera.

<sup>71</sup> Sin embargo, por nuestra parte no utilizamos los términos “retención simple”, puesto que consideración que la identificación *in situ*, breve y momentánea, habría de ser calificada como injerencia o restricción de la libertad personal. Con ello reservamos el término “retención” para la identificación que conlleva el traslado a dependencias policiales, siendo ésta más grave y prolongada, con lo que a nuestro juicio estaríamos ante una privación de libertad personal.

de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sin dejar de lado, la privación de libertad ambulatoria que implica la “retención” policial –retención con traslado-, que consiste habitualmente en el traslado a dependencias policiales para su identificación, o a los centros sanitarios adecuados para las pruebas de alcoholemia realizadas a conductores de vehículos, lo cual, suele dilatarse en el tiempo, en ocasiones durante horas<sup>72</sup>.

En definitiva, la libertad personal constituye una dimensión esencial de la persona, entendida como libertad general de actuación o, si se prefiere, de autodeterminación individual. Se nos presenta, a juicio de nuestro “intérprete supremo de la Constitución Española” como un valor superior del ordenamiento Jurídico<sup>73</sup> -artículo 1.1 CE-, así como un derecho fundamental -artículo 17 CE- unido a la dignidad de la persona además de un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y libertades.

Vista la opinión doctrinal y jurisprudencial, abordamos ahora su plasmación en el Derecho positivo.

### **3.- El contenido de la libertad personal en la Constitución Española**

Comenzaremos señalando que su reflejo no es exclusivo del artículo 17 CE, sino que también se produce en diversos preceptos, según sus

---

<sup>72</sup> En cuanto a estos casos, debemos señalar que la doctrina del TC, respecto de las pruebas de alcoholemia, apunta que la comprobación por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías prescritas en el artículo 17.3 CE, dispuestas, específicamente, para la protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico. STC 107/1985, de 7 de octubre.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: El derecho a la libertad y la seguridad... op. cit., página 15.

diferentes aspectos y acepciones. Así, el artículo 1.1 CE considera la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico. Por su parte el artículo 9.1 CE ordena que la libertad vincule a los ciudadanos y a los poderes públicos. En cuanto a su interpretación, el artículo 10.2 CE dispone que será de conformidad con la DUDH y con los tratados internacionales y acuerdos internacionales.

Merece por ello una mención especial el artículo 17 CE al consagrar el derecho a la libertad personal<sup>74</sup>, declarando que nadie será privado de él, salvo en los supuestos previstos por la ley. Sin embargo, este precepto no define la libertad y no establece cuándo procede la detención. En su punto segundo, se limita a regular la duración de la detención, por ello, de lo anterior, se desprende que la única garantía directamente señalada es la reserva de ley.

La propia existencia y reconocimiento por parte del Estado del derecho a la libertad personal, exige la garantía de que no se produzcan intromisiones estatales. Sin embargo, en el transcurso de una investigación penal, podemos encontrarnos con ciertas injerencias en la esfera de los derechos fundamentales que, precisamente, pueden entrar en conflicto con la libertad personal del artículo 17 CE.

El derecho fundamental a la libertad personal, como vimos anteriormente, posee una doble significación. De un lado, nos encontramos con la libertad en sí misma y, de otro, tenemos el aspecto de la protección, es decir, el derecho a la seguridad personal.

---

<sup>74</sup> El derecho fundamental a la libertad ambulatoria regulado por el artículo 17 CE se encuentra directamente relacionado con el derecho a la seguridad personal -más adelante trataremos de distinguirlos- que se recoge en el mismo precepto. Por lo tanto, se trata de dos derechos que están vinculados; más bien debemos apuntar que existe una conexión directa entre ellos. No existiría verdadera libertad, sin seguridad.

Los diferentes apartados del artículo 17 CE se pueden fraccionar en dos secciones distintas, en consideración al carácter que ostentan; por una parte, hallamos el carácter genérico que se implanta en el apartado 1, en el que se formula el reconocimiento de la libertad y la seguridad, ambas sujetas al principio de legalidad; y por otra, la remisión a la ley, es decir, el principio de reserva de ley. Todo ello, sin olvidarnos del carácter específico que recoge las garantías protectoras y reactivas con el objetivo y la finalidad de garantizar la libertad personal ante la detención policial (la que nos ocupa) o judicial, incluyendo la prisión preventiva por la supuesta comisión de un ilícito penal.

Es evidente que existe una coincidencia en la literalidad de los distintos artículos -de los ordenamientos jurídicos: nacional, europeo e internacional<sup>75</sup>- que abordan la libertad personal.

Ya hemos visto que el artículo 17.1 CE dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y con las formas previstos en la ley. Ambos derechos se establecen como fundamentales. Así se desprende de su disposición en el Título Primero, Sección Segunda, Capítulo Primero de la Constitución Española. El 17.1 CE no incluye presupuestos de limitación del derecho a

---

<sup>75</sup> Al igual que se establece en el artículo 5.1 CEDH<sup>75</sup> disponiendo que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”. Y en esta misma línea se señala en el artículo 9.1 PIDCP que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

la libertad; por lo que se remite al correspondiente desarrollo de la legislación<sup>76</sup>.

Como sabemos, el principio de reserva de ley se encuentra recogido en el artículo 53.1 CE, el cual establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a) CE. En este sentido, la reserva de ley deberá ser a través de ley orgánica, por tratarse de un derecho fundamental, lo que resulta una exigencia insalvable a tenor de lo impuesto por el artículo 81 CE, así como por la doctrina del TC<sup>77</sup>. En este mismo sentido se posiciona el TEDH<sup>78</sup>.

Con lo que respecta al principio de legalidad<sup>79</sup>, posee un doble aspecto: de un lado, ha de ser considerado como principio punitivo de legalidad, o lo que es lo mismo, solo será posible la injerencia o limitar o privar de la libertad personal a un sujeto, cuando la conducta esté anteriormente establecida en la ley como causa suficiente para su privación; y, por otro lado, ha de ser entendido como principio procesal de

---

<sup>76</sup> El TC, con la sentencia 140/86, modificó su doctrina anterior y estableció que el artículo 17.1 CE protege la libertad y la seguridad personal en términos generales. Por ello, la protección frente a las privaciones de libertad ilegales, abarca tanto a las producidas con anterioridad a una posible condena penal como a las resultantes de dicha condena.

<sup>77</sup> SSTC 140/1986; y STC 241/1994, estableciéndose en esta última, la necesidad de “interpretar restrictivamente, cualquier excepción a la regla general de la libertad”.

<sup>78</sup> En la STEDH Asunto Bouamar v. Bélgica 9106/80, Sentencia de 29 de febrero de 1988, Se manifiesta el TEDH estableciendo que “las causas de privación de libertad no pueden ser otras que las previstas en el artículo 5.5 del CEDH”.

<sup>79</sup> El artículo 489 LECR dispone que ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban, por lo tanto, incide en el mismo sentido en el que se expresa el artículo 17.1 CE.



legalidad. Tal privación de libertad habrá de practicarse según el procedimiento establecido por la ley y, en este sentido, se ha pronunciado reiteradamente el TC<sup>80</sup>.

Prosiguiendo con el artículo 17.2 CE, vemos que dispone el hecho de que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial". Esta limitación temporal está dirigida a los particulares, y por supuesto, a los poderes públicos<sup>81</sup>.

Relativo a la vulneración del 17.2 CE<sup>82</sup>, la doctrina del TC establece en qué momento una detención preventiva se convierte en ilegal o indebida. La duración deber ser la más breve posible, y en este sentido se ha manifestado de manera reiterada el TC<sup>83</sup>. No podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, circunstancia ésta que, si bien podría interpretarse como un periodo indeterminado, debe ser considerado concreto, y si las averiguaciones concluyeren antes de cumplirse esta plazo máximo de setenta y dos horas, se deberá poner en libertad o a disposición judicial"<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> SSTC 133/2987, de 4 de febrero; 160/1986, de 16 de diciembre; y 121/2003, de 16 de junio.

<sup>81</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre.

<sup>82</sup> La posición del Alto Tribunal se encuentra sustancialmente expresada en las sentencias 288/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 3; y 224/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>83</sup> SSTC 31/1996, de 27 de febrero; 176/1999, de 27 de septiembre; y 179/2000, de 26 de junio.

<sup>84</sup> STC 224/1998, de 24 de noviembre.

Por otra parte, en el artículo 17.3 CE, se reconoce que toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y de modo que le sean comprensibles, sus derechos y las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar<sup>85</sup>. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido, en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. En el mencionado apartado, también se disponen las garantías que ostenta el detenido en el transcurso de dicha situación.

En este punto tercero del artículo 17 CE, bajo el paraguas del derecho a la libertad personal, lo que en realidad se establece -como ya hemos mencionado con antelación- es el derecho a la asistencia de letrado durante la detención, al igual que la presencia de abogado prevista en el artículo 24.2 CE, en el que se regula, entre otros, el derecho a la defensa jurídica y el derecho a conocer los términos en los que se realiza la acusación.

Por otra parte, apuntar que este derecho a la asistencia letrada es independiente y autónomo al derecho a la asistencia de abogado regulado en el artículo 24.2 CE<sup>86</sup>. Puesto que el primero establece el derecho del detenido, mientras que el segundo dispone el derecho de defensa que posee todo investigado incurso en un proceso. Distinción que abordaremos más detenidamente en el siguiente capítulo.

---

<sup>85</sup> En este caso, afecta y rige de forma expresa la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Dicha Directiva, es objeto de estudio en otros apartados del presente trabajo, a los que nos remitimos.

<sup>86</sup> Nos queda añadir que el artículo 118 LECR, establece el derecho del detenido a conocer con detalles el contenido del atestado antes de declarar ante los agentes actuantes, policía judicial, etc. Circunstancia de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

En este sentido se manifiesta el TC<sup>87</sup>, el cual declara expresamente que la finalidad de dicha asistencia al detenido consiste en garantizar los derechos fundamentales de todo sujeto, evitando que pueda sufrir algún tipo de coacción, amenaza o acciones que lesionen su libertad ante el derecho a la declaración, o que amenacen su dignidad o integridad.

Como indicábamos antes, el artículo 24.2 CE, es el precepto en el que nos encontramos con el derecho a tener conocimiento de los términos de la acusación, y de todos aquellos documentos que tengan algún tipo de relación con las diligencias que obren en manos de la autoridad gubernativa que haya llevado a efecto la detención, derecho que se tiene con la finalidad de poder impugnar los motivos de la acusación, que es, al fin y al cabo, el ejercicio del derecho a la defensa. El TC mantiene, indudablemente, la anterior postura<sup>88</sup>, disponiendo que cualquier denegación, sin causa

---

<sup>87</sup> La STC 13/2017, de 30 de enero de 2017, Fundamento Jurídico 4, establece que, "... como enseña nuestra STC 199/2003, de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 4: "el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo. En este sentido su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; 252/1994, de 19 de septiembre, Fundamento Jurídico 4, y 229/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 2)".

<sup>88</sup> STC 13/2017, de 30 de enero de 2017, Fundamento Jurídico 5. El reconocimiento legal del derecho de acceso al expediente se produce con el dictado de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, "por la que se modifican la LECR y la Ley LOPJ 6/1985, de 1 de julio, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en

justificable, de la información relacionada con la detención, sus causas y motivos, ocasionará un quebrantamiento del derecho a la asistencia de abogado.

Pero volvamos al artículo 17.3 CE, en el que se recoge que la información o puesta a disposición de dicha información debe, evidentemente, ser realizada con una antelación suficiente que permita un mínimo estudio o análisis y que facilite la realización efectiva del derecho a la defensa del detenido, bien por el mismo detenido o, por su abogado defensor. El TC<sup>89</sup> relaciona de una forma directa el derecho a la libertad individual -artículo 17.1 CE-, con el derecho del detenido a la asistencia de abogado -17.3 CE-, por lo tanto, considera que la vulneración de este último, implica la vulneración del anterior.

Llegados a este punto, llamamos la atención sobre el hecho de que, el acceso a la información, se convertirá en parte de nuestro trabajo, dado que las normas de los últimos años, relacionadas con ello, tanto de la UE, y su correspondiente transposición, así como de nuestro derecho nacional, han venido a zarandear judicialmente las costumbres, hábitos y prácticas

---

los procesos penales”. Esta modificación entró en vigor el 28 de octubre de 2015 (disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/2015) y, mediante ella, en lo que aquí importa, se añadió un apartado «d» al artículo 520.2 LECR, de nueva redacción, con este tenor: “derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

<sup>89</sup> Como pone de manifiesto su sentencia 13/2017, de 30 de enero de 2017, Fundamento Jurídico 8, en el que se señala que “la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (artículo 17.3 CE), en los términos que acaban de explicarse, trae consigo también la del derecho a la libertad individual (del artículo 17.1 CE) de los recurrentes, puesto que su detención gubernativa no tuvo lugar con observancia de lo previsto en el ordenamiento”.

forenses de los agentes instructores de atestados, actas o expedientes de detención, sobre la aportación de información al detenido o su abogado<sup>90</sup>.

Diversos son los preceptos que se ocupan de los derechos de los privados de libertad personal, destacando entre ellos el artículo 520 LECR, el cual desarrolla tales derechos, siendo en el apartado segundo en donde se detallan los diversos derechos que asisten al sujeto objeto de detención, aspecto que abordamos en un Capítulo específico sobre este punto.

A continuación, veamos el artículo 17.4 CE, el cual proclama que la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional. Lo cual instaura un control judicial sobre la legalidad de la detención<sup>91</sup>.

Por lo tanto, se constituye en una garantía judicial de reacción ante una potencial detención ilegal. A través del *habeas corpus*<sup>92</sup> se facultará a

---

<sup>90</sup> Por lo que, en la actualidad, están existiendo mayores reticencias al cumplimiento del derecho a la información, Circunstancia ésta que el propio TC está poniendo de manifiesto con sus sentencias 13/2017, de 30 de enero; 21/2018, de 5 de marzo, 11/2019, de 28 de enero, o la más reciente 72/2019, de 20 mayo de 2019. Constituyendo todo ello un aspecto del que nos ocuparemos, en los próximos capítulos, con mayor detenimiento.

<sup>91</sup> Por otro lado, el recurso de amparo regulado en los artículos 53.1 y 161.1 b) CE, así como la LOTC, establecen que se podrá acceder a los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, basado en los principios de preferencia y sumariedad. Recurso de amparo que veremos únicamente a los efectos de su interposición tras una inadmisión liminar del procedimiento de *habeas corpus*.

<sup>92</sup> La doctrina del TC establece que “el derecho a la libertad posee como garantía específica... el procedimiento de *habeas corpus*...”. STC 232/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 3. En igual sentido, se pronuncia en la STC 23/2004, de 23 de febrero.

cualquier sujeto privado de libertad para que pueda demostrar en el Juzgado competente, la legalidad y condiciones de la privación de libertad.

La importancia de esta figura nos aconsejó dedicarle un capítulo completo, con el propósito de desarrollar su contenido.

En virtud de todo lo anterior, podemos decir que el artículo 17 CE es la piedra angular sobre la que se sustenta la preservación del derecho a la libertad personal, el cual sienta las bases sobre las que se levanta la regulación de las diferentes garantías que protegen la libertad. Siendo tal precepto el núcleo sobre el que se despliega la jurisprudencia del TC.

#### **4.- Diferencia entre libertad y seguridad. Clases de seguridad**

Hasta el momento, hemos visto que el artículo 17 CE consagra el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Su reconocimiento se plasma desde un punto de vista negativo y una perspectiva sobre las injerencias externas que impidan o dificulten su ejercicio efectivo. Lo que exige, el establecimiento de los supuestos en que estos derechos pueden ser suprimidos o limitados, y los correspondientes dispositivos que sean susceptibles de ser utilizados para garantizarlos y que expresamente recoge el artículo citado.

Así, libertad personal representa el derecho que posee toda persona a actuar libremente, siempre que dicha actuación sea legal, y a determinar su conducta sin intromisiones, bien procedan de terceras personas o provengan de los diferentes poderes públicos.

También hay que tener en cuenta la posibilidad de la equiparación entre los términos de “libertad personal” y “libertad individual”,

concediéndoles a ambas expresiones la relevancia de requisito básico para el ejercicio de todas las demás.

Acerca de la seguridad personal, el ordenamiento jurídico se encarga de garantizar que nadie podrá ser detenido, excepto en los supuestos expresamente establecidos por las leyes. En ese caso, tales privaciones de libertad, habrán de adecuarse a procedimientos legalmente establecidos y deberán estar, en todo momento, tutelados por los órganos judiciales competentes.

Precisamente LÓPEZ GUERRA hila la libertad personal con la seguridad personal del sujeto, llamando la atención en cuanto a que “el derecho a la libertad personal es el reconocimiento de una potestad y un ámbito de autodeterminación y auto-organización que corresponde a las personas, y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar las propias decisiones. La libertad y la seguridad personales son, por lo tanto, atributos específicos de la persona, directamente vinculados a su capacidad de obrar y de actuar y de no ser obligado a realizar aquello que no desea”<sup>93</sup>.

Por otra parte, y desde otra perspectiva, MORANGE definió la libertad y la seguridad personal utilizando la vía de la amplitud y la concisión, describiéndolas como la protección contra toda forma de detención<sup>94</sup>.

Precisamente sobre este ámbito de la seguridad personal, veíamos antes que GARCÍA MORILLO destacaba el aspecto físico. Resulta descriptivo cuando considera que la libertad personal protege a la persona en el sentido físico y corporal, pero no frente a las agresiones físicas, ya

---

<sup>93</sup> LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, PÁGINA; y SATRUSTEGUI, M.: Derecho Constitucional, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, páginas 231 y 232.

<sup>94</sup> MORANGE, J.: Droits de l’homme et libertés publiques, Presses Universitaires de France, París, 1985, página 119.

que en este caso el bien jurídico protegido sería la integridad física<sup>95</sup>, y continúa sosteniendo que ésta no es solo el derecho fundamental básico – tras la vida y la integridad física- sino también el derecho fundamental, matriz de todos los demás, que son proyecciones de aquella. Definiéndola como “el derecho constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”<sup>96</sup>.

Por lo que respecta a la distinción entre libertad y seguridad, GARCÍA MORILLO es tajante en su posición, manteniendo que libertad y seguridad son inescindibles. Y añade que “todo atentado contra la libertad, lo es también contra la seguridad. El hombre quiere ser libre porque así está seguro, protegido contra la arbitrariedad”<sup>97</sup>.

En similares términos se manifiesta MARTÍNEZ PARDO, advirtiendo que “libertad y seguridad son dos caras de un derecho idéntico, por una parte, dirigido a los poderes públicos para evitar que se promulguen normas jurídicas que causen inseguridad jurídica respecto del ejercicio de la libertad. Y, por otra, un derecho dirigido a los particulares para que eviten la restricción de la libertad”<sup>98</sup>.

En esta línea, el TEDH ha considerado que existe una unión, entre libertad y seguridad que, en consecuencia, en un Estado que defiende la supremacía del Derecho, una detención arbitraria no puede nunca ser legal<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., páginas 34 y 37.

<sup>96</sup> *Ibidem*, página 42.

<sup>97</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 84.

<sup>98</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J.: La detención y el internamiento ... op. cit., página 163.

<sup>99</sup> STEDH Asunto Winterwerp v. Países bajos, Sentencia 6301/73, de 24 de octubre de 1979.



Relativo al derecho a la seguridad personal, opina PÉREZ SERRANO que consiste en “no ser detenido, ni preso, sino con arreglo a la ley, es decir, en la garantía y contra las privaciones arbitrarias de libertad por obra del poder público. Ciertamente que también la agresión puede provenir de los particulares, más entonces, no se trata propiamente de un caso de seguridad personal, sino de un delito sancionado por las leyes ordinarias. Las libertades constitucionales se afirman para evitar desviaciones o abusos de la autoridad, no para impedir atropellos de los conciudadanos, para lo cual basta con el ordenamiento jurídico común”<sup>100</sup>.

A este respecto, el TC añade en su sentencia 15/1986 que la seguridad personal implica la ausencia de perturbaciones -detenciones, privaciones o restricciones de libertad, arbitrarias o ilegales-<sup>101</sup>.

De igual modo, el TC <sup>102</sup> interpretó las excepciones a la libertad personal que establece el artículo 17 CE, señalando que el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos en la Ley: en una Ley

---

<sup>100</sup> PÉREZ SERRANO, N.: Tratado de Derecho Político, editorial Civitas, Madrid, 1984, página 608.

<sup>101</sup> STC 15/1986, de 31 de enero, “la seguridad aludida en ese pasaje constitucional, comporta o implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como, la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones. El derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17.1 CE es así, a la seguridad personal y no a la jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE y que equivale, a la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados. El tema del presente amparo ha de quedar, por consiguiente, circunscrito a la presunta violación del derecho a la tutela judicial efectiva”.

<sup>102</sup> En la STC 140/1986, de 11 de noviembre.

que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el CP y en general las normas penales son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas<sup>103</sup>.

El Alto Tribunal hace también una distinción en diferentes ámbitos de la seguridad, buscando sus aspectos distintivos con el concepto de libertad personal. Por un lado, la seguridad personal tiene un contenido semejante a la libertad personal, y por otro, la seguridad jurídica<sup>104</sup>, la cual ostenta una naturaleza jurídica de principio constitucional para la interpretación de todo derecho fundamental. Por consiguiente, el TC la identifica como “una suma de legalidad y certeza del Derecho”<sup>105</sup>.

Es decir, el TC considera, en cuanto a la distinción entre la seguridad personal del 17.1 CE y la jurídica del 19.3 CE que hay que equiparar la seguridad con la libertad. Así se posiciona cuando señala que la seguridad personal aludida en ese precepto constitucional -17.1 CE- comporta o implica la ausencia de perturbación procedente de medidas como la detención y otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restrinjan o amenacen la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones<sup>106</sup>.

En suma, en la doctrina del TC, libertad y seguridad, son dos aspectos de un mismo derecho. Es decir, define la “seguridad” como “la ausencia de

---

<sup>103</sup> STC 140/1986, de 11 de noviembre.

<sup>104</sup> El principio de reserva de ley se convierte en un mecanismo para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas.

<sup>105</sup> STC 49/1999, de 5 de abril y STC 169/2001, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 6.

<sup>106</sup> STC 15/1986, de 31 de enero.

perturbaciones que restrinjan o amenacen la libertad”. Y la “libertad” como “la facultad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social”; o como “autodeterminación por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita”<sup>107</sup>.

Por lo tanto, podemos afirmar que no es admisible que un Estado abandone su obligación de evitar cualquier peligro que pudiese amenazar la vida, la integridad o la seguridad de toda persona, por el mero hecho de que, al no estar detenida o presa, no está bajo su jurisdicción. Es indiscutible que, todos los Estados, están obligados a adoptar aquellas medidas que consideren razonables para proteger a las personas, estén o no privadas de su libertad personal o ambulatoria.

Otro de los aspectos esenciales del derecho a la seguridad personal es garantizar que el detenido será tratado correctamente, preservando en todo momento su integridad física y psíquica, lo que LUCAS VERDÚ concreta como “sin daño de su personalidad psicofísica”<sup>108</sup>.

De igual modo, para que podamos considerar que la seguridad personal definitivamente se ha institucionalizado, se habrán de tipificar los delitos y penas correspondientes para los particulares, agentes o funcionarios que hayan: privado de libertad personal; detenido ilegalmente a sujeto alguno; maltratado a cualquier sujeto que se encuentre detenido, persona que se encuentre procesada o que se encuentre cumpliendo condena.

En virtud de lo anterior, será el Poder Legislativo el encargado de crear la normativa necesaria para proteger y garantizar la libertad y

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> LUCAS VERDÚ, PÁGINA, *Curso de Derecho Político*, Volumen III, Madrid, 1976, páginas, 127 a 128.

seguridad personales, al igual que los demás derechos fundamentales, potestad que no ha de ser considerada como ilimitada, sino que al ejercerse debe respetar su contenido esencial<sup>109</sup>.

En este sentido recordemos que, según establece el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En la práctica, el TC hace referencia a los tratados para ampliar y completar el contenido del derecho, tal y como se reconoce en el ordenamiento interno. De esta manera, se permite integrar la doctrina de tribunales internacionales tales como TEDH<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Según DE OTTO Y PARDO “el contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y las libertades públicas” DE OTTO Y PARDO, I.: Derechos fundamentales y Constitución. Civitas, Madrid, 1998, página 102.

<sup>110</sup> Como es conocido, el ordenamiento jurídico se rige por principios esenciales e imprescindibles en Democracia, entre los que podemos señalar los siguientes: respeto a la dignidad de la persona, los derechos y libertades humanos son absolutos y sus limitaciones o restricciones constituyen excepciones, igualdad y no discriminación, no retroactividad del derecho penal y de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), ser oído públicamente y con las debidas garantías en los procesos judiciales y el principio *non bis in ídem* y, por último, proporcionalidad. ONU. La libertad del individuo ante la Ley: Análisis del artículo 29 DUDH. Estudio efectuado por Erica-Irene, A. DAES, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Serie de estudios 3, Nueva York, 1990, páginas 148 a 152.

A lo que debemos añadir que toda restricción e injerencia legal en el ejercicio de los derechos y libertades <sup>111</sup> deberá estar previamente establecida por ley.

Una vez visto lo anterior, consideramos necesario ocuparnos a continuación de la relación entre las figuras de la seguridad personal y la seguridad pública. Sin perjuicio de un análisis más exhaustivo que realizaremos en el capítulo IV, respecto de estas figuras y su relación con el orden público.

Sobre el concepto de seguridad pública, BANACLOCHE PALAO, afirma que “ésta es la defensa del ordenamiento jurídico-público, es decir, la protección contenida en las leyes penales y administrativas, de los derechos individuales y de la actividad y existencia del Estado en cuanto tal”<sup>112</sup>. Y continúa señalando que “el concepto de orden público, estaría constituido por el conjunto de reglas no escritas cuyo cumplimiento, según las concepciones sociales y éticas dominantes, se considera como condición previa indispensable para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad”.

Sobre el concepto de seguridad pública, RECASENS I BRUNET nos aporta el elemento de la duración temporal, definiéndola como “el mantenimiento o restauración del estado de convivencia (situación

---

<sup>111</sup> El artículo 29, párrafo segundo DUDH, dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el ejercicio de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>112</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad personal...op. cit., páginas 186 y 187.

prolongada y duradera en el tiempo) que posibilita el ejercicio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos”<sup>113</sup>.

Como es sabido, la seguridad pública, aparece recogida en el artículo 149.1. 29ª CE, en el que se regulan los procedimientos de protección y defensa de las personas y de los bienes, frente a las amenazas o peligros de cualquier procedencia, bien sean consecuencia de actos de personas o por sucesos de índole natural, epidemias, terremotos, inundaciones, etc.

En nuestra opinión, la Constitución Española no interpreta las expresiones “seguridad ciudadana” y “seguridad pública”, como idénticas en su significado, o sinónimas en su acepción. A nuestro parecer, existen valores y sentidos que las diferencian.

Por una parte, la Constitución Española señala que la seguridad ciudadana es la protección del ejercicio de los derechos y libertades de las personas, siendo la misión, actividad y objetivo de las FCSE.

Y, por otra, la seguridad pública es contemplada por la Norma Suprema en un sentido amplio en el que se englobarían funciones más extensas a las referidas con anterioridad, por ejemplo, preservar la

---

<sup>113</sup> En sus propias palabras, la define como “la competencia de las instancias públicas cuyo objetivo consiste en establecer, mantener y eventualmente restaurar las condiciones de un estado de convivencia que permita el efectivo ejercicio de derechos y libertades de todos sus habitantes. Dicho estado de convivencia, constituye una situación prolongada en el tiempo, en que los ciudadanos de una determinada sociedad, regida por unas mismas instancias públicas, actúan con la expectativa razonable de que las condiciones de convivencia no se van a ver alteradas o que, si tal cosa llega a suceder, las instituciones acudirán en su ayuda. Se trata de un concepto integral que incorpora diversos ámbitos de la seguridad como pueden ser la seguridad ciudadana, la protección civil, la seguridad vial, la cobertura del auxilio en casos de catástrofe, aspectos sanitarios epidemiológicos”. RECASENS I BRUNET, A.: La seguridad y sus políticas. Editorial Atelier, Barcelona, 2007, página 133.

seguridad ante catástrofes, desastres naturales y todo lo relacionado con la denominada “protección civil”, correspondiendo la competencia exclusivamente al Estado<sup>114</sup>.

Visto lo anterior, nos encontramos ante los distintos aspectos del derecho a la seguridad personal y el derecho a la seguridad jurídica, sobre los que la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17.1 CE es así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el artículo 19.3 CE y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados<sup>115</sup>.

En definitiva, el derecho a la libertad personal que se establece en el 17.3 CE, es distinto al derecho a la libertad en el ámbito de la seguridad jurídica, que se regula en el artículo 9.3 CE y a su vez, ambos, son diferentes al derecho a la libertad de movimientos que se establece en el artículo 19.3 CE.

Llegados a este punto, pasemos a valorar la seguridad ciudadana, ésta se encuentra recogida en el artículo 104 CE, constituyendo una seguridad material, tanto de bienes como de personas ante agresiones o ataques violentos que los pongan en situación de peligro<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> En esta línea se posicionó el TC con su sentencia de 18 de diciembre de 1984, en la que señaló sobre la seguridad pública del artículo 149 CE, que se trata del conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a personas y bienes por toda clase de medios de agresión y por los elementos naturales o extraordinarios en tiempos de paz cuando la amplitud y gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de calamidad pública.

<sup>115</sup> STC 15/1986, 31 de enero, Fundamento Jurídico 2.

<sup>116</sup> STC 325/1994, de 12 de diciembre.

Por su parte, la Ley 4/2015 LOPSC en su Exposición de Motivos expone que la seguridad ciudadana es un medio o instrumento para conseguir la libertad personal y no como un fin en sí misma, pese a lo cual, justifica la limitación de las libertades ciudadanas por razones de seguridad; no obstante, requiere los principios de legalidad y proporcionalidad, que se aplicarán bajo estricto juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad estricta.

En el artículo 17.1 CE se reconoce la seguridad ciudadana como derecho subjetivo, constituyendo un medio para la protección de la libertad personal que a su vez permite limitar la libertad de los ciudadanos<sup>117</sup>. Se configura como un bien jurídico amplio constitucionalmente protegido, cuyos titulares se sintetizan, de un lado en el Gobierno como sujeto activo primario, y de otro, en condición de sujeto activo secundario se encuentran las FCSE. Por último, el sujeto pasivo es conformado por los ciudadanos, en su doble condición de integrantes de la comunidad y de participantes en la vida de la misma.

De lo que se deduce que garantizar la seguridad ciudadana y proteger el libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, constituye la principal misión de las FCSE, con la subordinación al Gobierno. El artículo 149.1. 29ª CE establece que la seguridad pública es

---

<sup>117</sup> No obstante, mantener el orden público faculta al estado para limitar los derechos fundamentales de reunión y manifestación, si bien dicha limitación precisará de los presupuestos exigidos en los artículos 21.2 CE "...se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes" y 16.1 CE "se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Es decir, el mantenimiento del orden público es el único motivo por el que la autoridad puede prohibir y limitar el derecho de reunión y manifestación. Y ello por la existencia de razones fundadas de su posible alteración, con peligro para personas y bienes.



competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las CCAA, según se disponga en los correspondiente Estatutos en el marco de una ley orgánica.

Así pues, el contenido de la seguridad ciudadana lo confirman todas aquellas medidas que sean necesarias para la protección, prevención y garantía del libre desarrollo de la vida en comunidad. Podemos decir que es una prestación debida del Gobierno que debe realizar a través de las FCSE, lo que significa una garantía institucional del ejercicio libre de los derechos y libertades públicas.

Como ya adelantamos en páginas anteriores, en el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH uniendo, estrechamente, la libertad personal con la seguridad, siendo la seguridad personal un derecho del ciudadano, independientemente de que se encuentre privado o no de libertad. Tengamos en cuenta que el Comité Europeo de Derechos Humanos ha considerado que, en lo que respecta a la seguridad personal de los individuos, no es posible afirmar que el derecho a la seguridad es exclusivo de las personas privadas de libertad personal, en el sentido en que se acepta que ciertas medidas distintas a la efectiva privación de libertad sean consideradas como tales<sup>118</sup>.

Los Estados tienen el deber legal de adoptar medidas apropiadas y razonables para proteger la libertad y la seguridad de sus ciudadanos y de todas las personas. En igual sentido, para el TEDH, libertad y seguridad son indisolubles e implican un todo. Por lo que cabría afirmar que si el

---

<sup>118</sup> Así, en línea con lo dispuesto en la Comunicación N° 613/1995, Lee Hong vs. Jamaica, el Comité de Derechos Humanos, concluyó que el derecho a la seguridad personal, garantizado por el artículo 9.1 PIDCP, fue violado en un caso en el que una persona fue víctima de un disparo por la espalda antes de ser arrestada.<sup>118</sup> Al respecto, se dejó establecido lo siguiente: “la noción de seguridad también cubre las amenazas a la seguridad personal de las personas no detenidas”.

derecho a la libertad protege al individuo frente a cualquier privación ilegal de libertad personal, el derecho a la seguridad le ampararía frente a cualquier arbitraria intromisión de los poderes públicos que repercuta directamente en la vulneración de esa libertad<sup>119</sup>.

El propio TEDH, menciona la “libertad física”, cuando se refiere a la libertad personal. En el Asunto Engel y otros, declaró que la libertad a la que se dirige el artículo 5 CEDH, es la libertad física, y que las palabras libertad y seguridad se refieren a las físicas. En consecuencia, no están encaminadas a las simples restricciones de la libertad personal de circulación, tránsito o desplazamiento<sup>120</sup>.

A modo de recapitulación, podemos señalar que la libertad personal necesita un ámbito de tranquilidad para su desarrollo, que llamamos seguridad, por lo que son dos caras de la misma moneda. Para lograr plena seguridad y, por ende, una libertad personal completa, debemos exigir que haya ausencia de injerencias del Estado o de terceros; que exista plena seguridad personal, pública y jurídica; que esa seguridad pública implique condiciones de orden público sostenido en el tiempo. Por tanto, debe existir y regularse una seguridad ciudadana.

Y que la seguridad jurídica sirva para delimitar los casos en los que pueda existir una detención o una restricción de libertad, y generar un ordenamiento jurídico (como contexto) en el que se pueda ejercer la libertad personal en su máximo nivel.

En definitiva, la seguridad jurídica que ha de imperar en un Estado de Derecho, facilita la existencia de una libertad personal que, a su vez,

---

<sup>119</sup> PEDRAZ PENALVA, E.: El derecho a la libertad y seguridad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5 del CEDH, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, página 92.

<sup>120</sup> STEDH Caso Engel y otros v. Países Bajos, Sentencia 5100/71, de 8 de junio de 1976.

requiere de una seguridad personal, necesaria para el libre ejercicio, y todas ellas, en un escenario de plena seguridad ciudadana, imprescindible, a todos los efectos, debida por el Estado, obligación del Gobierno, y garantizada a través de las FCSE.

## **5.- Diferencias entre libertad personal y otras libertades**

Hasta ahora, hemos transitado a través de la libertad personal, y dentro de los distintos ámbitos y aspectos de la seguridad relacionada con ella, pero veamos qué otros aspectos constituyen el verdadero y pleno ejercicio de la libertad personal. Partiremos desde la evidencia de que la libertad personal ostenta la cualidad de *condictio iuris* para el ejercicio de del resto de los derechos.

En opinión de GUDE FERNÁNDEZ “la libertad se concibe en la práctica totalidad de los Estados de Derecho como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Y al mismo tiempo, como el primero de los derechos de la persona, condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de todos los demás, representando una de las piezas clave de la estructura constitucional”<sup>121</sup>.

Para una mejor comprensión amplia del concepto constitucional del derecho a la libertad personal, es aconsejable que nos detengamos brevemente en la distinción entre los artículos 17 y 19 CE, la cual también la podríamos denominar como la diferencia existente entre libertad: personal, de circulación y de residencia. Dichos preceptos de nuestra Carta Magna, tienen en común que protegen la libertad de movimientos de la persona, pero cada uno de ellos en un aspecto y ámbito distinto.

---

<sup>121</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 225.

En el artículo 17 CE, además de la declaración genérica del derecho a la libertad personal que corresponde a toda persona física, señala BANACLOCHE PALAO que “se incluye la protección de un aspecto muy concreto de esa libertad: el derecho que tiene un individuo a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia”<sup>122</sup>.

Veamos seguidamente la distinción de contenidos entre los diferentes apartados de los artículos 17.3, 9.3 y 19.3 CE.

Como hemos visto, el artículo 17.3<sup>123</sup> CE recoge el derecho fundamental a la libertad personal, lo cual no debe confundirse con el derecho a la seguridad jurídica que se establece en el artículo 9.3 CE (declarando la libertad que se inscribe en el ámbito de la seguridad jurídica), ni con el artículo 19.3 CE<sup>124</sup>, el cual consagra el derecho a la libertad de movimientos (derecho a la libertad de circulación y residencia), frente a cualquier clase de limitación dentro del territorio del Estado de todo ciudadano español.

Por lo tanto, en línea con la mayoría de la doctrina, BANACLOCHE PALAO sostiene que dicho precepto “garantiza la libertad de movimientos dentro del territorio español, frente a cualquier limitación arbitraria, es decir, establece la libertad de residencia y la libre circulación, así como la libertad

---

<sup>122</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 54.

<sup>123</sup> El artículo 17 CE es el que se convierte en la verdadera columna que sustenta el derecho de toda persona a la seguridad y a la libertad. Ya hemos visto que el artículo 17.3 CE recoge los derechos a la libertad personal y a la vida que, a su vez, constituyen los derechos inherentes a la persona y al ser humano en general, siendo, por tanto, anteriores a la creación de los Estados.

<sup>124</sup> Artículo 19 CE. Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

de entrada y salida a los ciudadanos españoles dentro de su país, sin la existencia de impedimentos”<sup>125</sup>.

Sobre ello, FERNANDEZ-MIRANDA profundiza en esta cuestión, poniendo de manifiesto que, “en el Derecho constitucional contemporáneo, la tendencia generalizada consiste en entender las libertades de circulación y residencia como un derecho fundamental individualizado y diferente de la libertad personal, por una parte, y distinto de la libertad de industria y comercio, por otra. La finalidad expresa o tácita perseguida con esta individualización es lograr una garantía para estas facultades concretas de la libertad personal. Y ello, porque al distinguirse de ésta, la libertad de circulación se convierte en un instrumento jurídico preciso de defensa contra posibles intervenciones del Estado que, sin llegar a menoscabar la libertad en general, pudieran restringir la libertad de movimientos”<sup>126</sup>.

Sobre la libertad de circulación, nos encontramos con que VASILLI sostiene que “es una de las infinitas facultades, si bien, es la más importante y común, en las cuales se expresa de hecho el gozo de la libertad personal. Ésta es, ante todo, la libertad del hombre de estar parado con su persona física, o de moverla en forma determinada”<sup>127</sup>, y ello, a

---

<sup>125</sup> Dicho autor opina que el artículo 19.3 CE hace referencia a la libertad de movimientos. Dicho precepto ampara, por un lado, la libre circulación y residencia. Y por otro, la libertad de entrada y salida de los españoles dentro de su país, sin obstáculos que se lo impidan. Su contenido es más restringido que el previsto en el artículo 17 de la Norma Suprema, y así mientras que toda infracción del derecho a circular libremente no supone una violación del precepto, por el contrario, cualquier violación de la libertad personal implica siempre una vulneración del derecho a circular libremente por el territorio del Estado. BANACLOCHE PALAO. J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 54.

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA A, F.: Comentario al artículo 19 de la CE, Comentarios a la Leyes políticas, editorial Edersa, Madrid, 1984,

<sup>127</sup> VASILLI, G.: La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali, en Scritti Cuiridici in memoria de Calamandrei, Cedam. Padua. 1958.

nuestro juicio, pone de manifiesto la indisoluble unidad que forman la libertad de circulación con la personal, como máximo exponente de la representación más básica en que se manifiesta el derecho natural, a la libertad ambulatoria del ser humano.

En tal sentido, resalta GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ que “en la actualidad, no debe existir ninguna duda de que nos encontramos ante dos libertades distintas, la libertad personal se referiría a la persona considerada *en sé y per se*, mientras que las libertades de residencia y circulación atenderían a la vida de éstas en relación”<sup>128</sup>.

No obstante, en lo que atañe a la diferenciación entre libertad personal y libertades de circulación y residencia, convenimos en señalar que la Constitución Española distingue desde un punto de vista jurídico positivo, reconociendo estos derechos de una manera individualizada, concediéndoles otras protecciones, estableciendo distintos instrumentos para su garantía y diferentes destinatarios, en este último aspecto podemos destacar que la Constitución Española otorga la libertad personal a todas las personas, sin embargo, las libertades de circulación y residencia sólo se confieren, en principio, a los nacionales.

En consecuencia, el derecho a la libertad personal no se ve limitado o restringido cuando se impide transitar por una vía pública, se solicita el desalojo de un lugar o se impone la obligación de residir en un sitio determinado, ni tampoco, cuando se le prohíbe acceder al mismo, pero sí se produciría en estos casos, sin embargo, una vulneración o limitación del artículo 19 CE, según sea el caso.

---

<sup>128</sup> GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ.: Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Cívitas, Madrid, 1991, página 56.

Llegados a este punto, nos ocuparemos a continuación de la postura que sobre dichos preceptos ha adoptado el TC, el cual realizó su primera aproximación sobre la libertad personal del artículo 17 CE en la STC 11/85, de 30 de enero. A raíz de ella, el Alto Tribunal comenzó a considerar la cuestión de, si además de los dos supuestos señalados expresamente en el 17 CE -detención preventiva y prisión provisional-, existen otros casos de limitación personal. A lo que se respondió, por parte del TC, con la sentencia 107/85, de 17 de octubre<sup>129</sup>, manifestando que:

“no puede considerarse inconstitucional la previsión normativa de una prueba de alcoholemia en sangre, solicitada a los conductores de vehículos de motor, puesto que las garantías establecidas en el artículo 17.3 CE corresponden al detenido, esto es, a quien ha sido privado provisionalmente de su libertad, por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el núm., 2. del mismo artículo”.

Por consiguiente, entiende el TC que no se produce, en este caso, vulneración alguna de los derechos del sujeto, recogidos en el artículo 17.3 CE, con ocasión de la realización de las pruebas de alcoholemia llevadas, posteriormente, al proceso penal. La verificación misma de las pruebas, no configura el supuesto de detención contemplado en dicho artículo.

---

<sup>129</sup> STC 107/85, de 17 de octubre Fundamento Jurídico 3. “lo anterior nos lleva, así, a concluir que no se produjo en este caso vulneración alguna de los derechos del recurrente recogidos en el artículo 17.3 con ocasión de la realización de las pruebas de alcoholemia llevadas posteriormente al proceso penal. La verificación misma de las pruebas -único aspecto a considerar aquí, por su incidencia ulterior en la condena penal- no configura el supuesto de «detención» contemplado en aquel precepto constitucional ni ha de rodearse, por ello, de unas garantías llamadas a tutelar una situación bien distinta y que, por lo demás, resultarían de satisfacción hartamente difícil en un caso como el que se considera”

Así pues, vemos que el TC en su otra sentencia 178/85 de 19 de diciembre, señala que “el artículo 17.1 CE no consagra el derecho a la libertad personal como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Únicamente la Ley puede establecer los supuestos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, ello acompañado de proporcionalidad entre el derecho a la misma y la restricción de ella, de manera que no existan restricciones de libertad que no respeten el equilibrio entre el derecho y la limitación”<sup>130</sup>.

El Alto Tribunal había declarado en su STC 23/85 de 15 de febrero, que “uno de los bienes jurídicos tutelados por el artículo 17 CE, en el que, es bien sabido se contempla el aspecto más tangible de la libertad que es la libertad física, y nada tiene que ver con el derecho a la integridad moral que, junto con la física, garantizan la integridad personal según lo dispuesto

---

<sup>130</sup> STC 178/85 de 19 de diciembre. Fundamento Jurídico 3 “ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, como resulta de una lectura del precepto y de su interpretación (como manda el artículo 10.2 CE la luz de los textos internacionales (en lo que ahora interesa, del artículo 5 CEDH, ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad. La restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como revela, por lo demás, el artículo 5 citado, al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita, y al enumerar junto al referido a un hecho delictivo, otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad. El artículo 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aún previstas en la ley- restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, 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”.



en el artículo 15 CE, que el sujeto tenga que soportar el *ius puniendi* del Estado, dentro de las coordenadas garantizadoras que constituyen la garantía penal, la garantía procesal y la garantía penitenciaria”<sup>131</sup>. Por tanto, distingue el TC entre la libertad física y la integridad física recogida en el 15 CE.

Entiende el TC, que la libertad personal es el fundamento de la sociedad democrática, una evidencia ésta con la que no podríamos estar más de acuerdo. El Alto Tribunal sella su trascendencia con la sentencia 3/92, de 13 de enero, apuntando que representa un papel nuclear en el sistema del Estado democrático de Derecho, añadiendo, a continuación, que es un bien jurídico muy apreciado, y “es un valor radical además del ordenamiento jurídico”<sup>132</sup>.

A tenor de ello se pone de manifiesto, sin duda alguna, que la Constitución Española permite al legislador establecer las privaciones de libertad que tenga por conveniente siempre y cuando las configure respetando el principio de proporcionalidad.

El TEDH no indica cómo debemos distinguir entre lo que ha de entenderse por libertad personal -incluyendo su propio contenido-, y su interrelación con la libertad: de residencia y de circulación. Todas ellas resultan inconcebibles e inoperantes sin una actividad o relación externa, sin un desplazamiento físico, consecuencia de la libertad personal<sup>133</sup>.

Finalmente, de nuevo, llegamos a la conclusión de que no habrá libertad personal real y efectiva -artículo 17 CE-, si no existe una verdadera

---

<sup>131</sup> STC 23/85, de 15 de febrero, Fundamento Jurídico 2.

<sup>132</sup> STC 3/92, de 13 de enero, Fundamento Jurídico 5.

<sup>133</sup> STEDH Caso Riera Blume y otros v. España, Sentencia 37680/97, de 14 de octubre de 1999.

exteriorización de la actividad física, libremente decidida, y ejercitable personalmente.

## **6.- Requisitos necesarios para que la libertad personal pueda ser restringida**

A pesar de que en los próximos apartados llevaremos a cabo un desarrollo más detallado, veamos a continuación un breve apunte de los presupuestos exigidos para toda restricción de libertad personal, es decir: reserva de ley orgánica, sometimiento a la jurisdicción, principio de proporcionalidad, motivación suficiente en las resoluciones judiciales y principio de *favor libertatis -in dubio pro libertate*, o el más conocido *in dubio pro reo*.

En primer lugar, nos hallamos ante la reserva de ley respecto de la cual la Constitución Española se pronuncia a través de lo prevenido en sus artículos 17 y 53.1, siendo éste último el que se ocupa de propugnar que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título de la Constitución Española y que vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Artículo 53.1 CE “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, y que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”, el cual a su vez establece “el TC tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

El artículo 81 CE dispone que son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

El artículo 17.1 CE establece una reserva de ley para regular los supuestos y los modos en que cabe la privación de la libertad. Se trata, evidentemente, de una de las garantías constitucionales de la libertad personal. Ello es, con una doble intencionalidad.

De un lado, se trata de garantizar que el Legislador será el único que pueda establecer los casos y formas de la privación de libertad, evitando, de ese modo, que el Ejecutivo pueda hacer uso de sus facultades para regular dichos supuestos.

Y de otro, únicamente quien ejerce directamente la representación del pueblo, como titular de la soberanía, puede regular los casos y formas en que se puede privar de tan vital derecho fundamental.

Por ello, según este principio, será la ley la que deba establecer los supuestos de privación de libertad que se correspondan con la finalidad de proteger bienes, derechos o valores constitucionalmente reconocidos, respetando el principio de proporcionalidad, y que se encuentren determinados de forma suficiente. En consecuencia, los supuestos que por su grado de indeterminación, ocasionen incertidumbre o inseguridad insuperables sobre su forma de aplicación efectiva, serán inconstitucionales<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> Abundando en lo anterior, la reserva de ley es la garantía primaria de la libertad, tan solo las Cortes Generales pueden regular los casos y las formas en que es posible la privación de la libertad. Es una de las más importantes y consistentes garantías que puede conceder el Constituyente.

Por su parte, el 25.1 CE establece una reserva de ley que se exige para la ley que establezca los supuestos y formas de la privación de libertad, puesto que debe entenderse como “desarrollo” del derecho a la libertad y seguridad regulado en el artículo 17.1 CE, Todo ello como consecuencia de que no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad personal, que la privación de ésta<sup>136</sup>.

Como hemos dicho, en su condición de garantía del derecho a la libertad personal, la reserva de ley se encuentra a su vez reforzada por el hecho de que, la norma que tipifique los posibles supuestos de privación de libertad, debe tener el rango de orgánica, dado que el artículo 81.1 CE, establece y regula que, serán leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La reserva de ley debe ir acompañada, como advertíamos antes, del principio de taxatividad, es decir, de una concreta y específica regulación legal respecto de los casos en los que cabe la privación de libertad.

Sobre ello, GARCÍA MORILLO considera que “el respeto al principio de tipicidad en la regulación de los casos que justifican la privación de libertad, es una condición imprescindible para la efectiva protección constitucional del derecho”<sup>137</sup>, añadiendo que la garantía constitucional básica es la reserva de ley orgánica, con todas las consecuencias a ella inherentes; respeto del contenido esencial, razonabilidad y proporcionalidad de los “casos y la formas” en que cabe la restricción o privación de libertad.

Sostiene este autor que “las garantías constitucionales de la libertad personal no son necesariamente las garantías de la detención o, por mejor

---

<sup>136</sup> STC 140/86, de 11 de noviembre.

<sup>137</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura... op. cit., página 55.

decir, sólo son las de la detención, si tal es efectivamente la privación de libertad personal”<sup>138</sup>.

A este respecto, VIVES ANTON mantiene que, dado que la incriminación de la conducta es presupuesto de la pena y también de la detención o prisión preventiva -y otros derechos fundamentales-, “rige en el Derecho penal, una reserva sustancial y absoluta de la ley orgánica”<sup>139</sup>.

A este respecto, el TC<sup>140</sup> señala que la reserva de ley debe, por un parte, garantizar que el Estado no realiza injerencias arbitrarias o no autorizadas en el ámbito de la libertad personal de los ciudadanos, y por otra, el hecho de que los Jueces y Tribunales únicamente se hallan sometido al imperio de la ley, ello según lo regulado en el artículo 117 CE<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Ibídem, página 42.

<sup>139</sup> VIVES ANTON, T. S.: La libertad como pretexto, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 107.

<sup>140</sup> STC 169/2001, de 16 de julio.

<sup>141</sup> Artículo 117.1 CE, “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 6. Se prohíben los Tribunales de excepción”.

El TC ha subrayado, ampliamente y en numerosas resoluciones, que la reserva de ley constituye una clara exigencia del Estado de Derecho para la posibilidad del establecimiento y tipificación de delitos y de sus correspondientes penas, así como para el resto de normativa penal.

Tengamos presente que el principio de legalidad<sup>142</sup> elimina cualquier otra fuente de Derecho penal que no sea la propia Ley, descartando la jurisprudencia<sup>143</sup> y la costumbre<sup>144</sup>, puesto que, como es sabido, ambas no lo son<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Sobre el principio de legalidad y sus vinculaciones, éste no podrá eludirse, no por la Administración ni por los Tribunales, por cuanto su desconocimiento significa la comisión de determinados tipos penales (usurpación de atribuciones, prevaricación, etc.). Es evidente, la importancia del examen de legalidad de las normas, por parte de los órganos judiciales y en concreto los penales, los cuales no pueden imponer una penalidad distinta de la prevista por las leyes y todo aquellos, no aplicar las normas que carezcan de rango de ley. Así se ha pronunciado también. VIVES ANTON, T. S.: La libertad como pretexto... op. cit., página 108.

<sup>143</sup> En cuanto a la jurisprudencia, en concordancia con la postura mantenida con la costumbre, nos encontramos con el hecho de que el juez no debe sentirse vinculado por la corriente jurisprudencial, no existe para los órganos jurisdiccionales más supeditación que la ley -el artículo 25 CE consagra el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, pero es el artículo 117 CE, el que apunta la exclusiva sumisión, de los Jueces y Tribunales-, indudablemente, circunscribiendo todo lo anterior, en cuanto al enjuiciamiento de un hecho, presuntamente delictivo.

<sup>144</sup> Por lo que atañe a la costumbre -fuente del Derecho privado, pero no del público-, no puede ser utilizada como norma preestablecida de la conducta, dado que el art 25.1 CE, únicamente legitima a las Cortes Generales -como representantes del pueblo- para crear y establecer las conductas antijurídicas que sean merecedoras del *ius puniendi*. También se ha manifestado, en esta línea, el TC a través de su sentencia 26/1994, de 27 de enero, Fundamento Jurídico 5.

<sup>145</sup> La STC 74/1984, de 9 de julio, en su Fundamento Jurídico 3, afirma que el hecho de que la ley sea la única fuente del Derecho penal, excluye la vinculación del juez a otras fuentes del Derecho. En este mismo sentido, la STC 142/1999, de 22 julio Fundamento Jurídico 3, señala que existe una reserva de ley para definir delitos y

La reserva de ley es una garantía -formal- conformada por la imprescindible existencia previa de una norma que posea rango de ley, como presupuesto para la posible actuación punitiva del Estado<sup>146</sup>, pero tengamos en cuenta que los derechos a la libertad y la seguridad del artículo 17.1 CE, engloban también las garantías recogidas en los artículos 25.1, 53.1 y 2, y 81.1 CE, y la conculcación de éstas conllevan, además, la violación de esos derechos. Por lo tanto, la remisión que el artículo 17 CE hace de la ley debe considerarse hecha también a la ley orgánica<sup>147</sup>.

No obstante, el Alto Tribunal afirma que la reserva absoluta de ley -en el orden penal- no constituye una imposibilidad de utilización de leyes penales en blanco<sup>148</sup>, si los elementos esenciales del tipo penal se encuentran incluidos en la propia norma penal.

---

para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal.

<sup>146</sup> La doctrina del TC, sobre ello, puede sintetizarse con lo señalado en la su sentencia 118/1992, de 16 de septiembre, Fundamento Jurídico 2, en la que se pronuncia sobre la reserva de ley, y en relación con el Derecho penal.

<sup>147</sup> A partir de las sentencias del TC 140/86, de 1 noviembre y 160/86, de 16 de diciembre y 199/87, de 16 de diciembre, las leyes penales en blanco que supongan la privación o restricción de algún derecho fundamental, se consideran sujetas a la reserva sustancial y absoluta de la Ley Orgánica (artículo 81.1 CE). Así ha sido subrayado por DE VICENTE MUÑOZ, R.: El principio de legalidad penal, editorial Tirant lo Blanch, Colección Los delitos, Valencia, 2004.

Por nuestra parte, entendemos que ambas sentencias ponen de manifiesto que las leyes penales constituyen un desarrollo del artículo 17.1 CE, en la medida en que implican la imposición de penas privativas de libertad personal.

<sup>148</sup> Considerando a las leyes penales en blanco, como aquellas en la que no se encuentren expresamente previstas en ellas, la conducta y su correspondiente consecuencia jurídica (en este caso, jurídica-penal), las cuales habrán de reunir los presupuesto de que la remisión a la norma, sea expresa y se justifique en la base al bien jurídico protegido por la norma penal, y asimismo, señalar la pena; y contener el núcleo fundamental de la prohibición, es decir, que exista absoluta certeza y

En definitiva, la decisión del TC de que los casos y situaciones de privación de libertad se establezcan y regulen a través de una ley orgánica<sup>149</sup>, es consecuente y coincidente con el conjunto de garantías de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Española, como no podía ser de otro modo.

Insiste en esta postura el TC con su sentencia 160/1986, en la que apunta “el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, -salvo en los casos y en la forma previstos en la Ley- en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita”<sup>150</sup>.

Por lo tanto, resulta oportuno recordar que se requiere exhaustividad respecto del establecimiento de las causas de privación. El CEDH establece una serie de supuestos específicos y únicos en los que es posible

---

concreción para que los hechos calificados como ilícitos, estén perfectamente precisados en la norma a la que la ley penal se remite. En este sentido se expresó el TC en su sentencia 127/1990, de 5 de julio, Fundamento Jurídico 3.

<sup>149</sup> En este sentido se reitera el TC en su sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 3. señalando que “corresponde al legislador, respetando siempre el principio de proporcionalidad, efectuar las privaciones y restricciones que tenga por convenientes, señalando que el artículo 17.1 CE, no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, (incluso en el caso de que estuviesen incluidas en la ley) restricciones de libertad que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”.

<sup>150</sup> STC 160/1986, de 16 de diciembre.



la privación de libertad personal<sup>151</sup>, más como ejemplo de incorporación mediante ley orgánica al ordenamiento jurídico que como supuestos autorizados.

Por su parte, el TEDH se ha pronunciado repetidamente señalando que la determinación de los casos de privación de libertad personal corresponde al Derecho interno de cada Estado, teniendo presente que no se trate de una causa incompatible con el CEDH<sup>152</sup>.

Y señala que “una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme

---

<sup>151</sup> El artículo 5.1 CEDH es taxativo cuando dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, que nadie puede ser privado de su libertad personal, excepto en los supuestos siguientes, y siempre con arreglo a la ley:

- Si ha sido privado de libertad conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido o que vaya a cometer una infracción o que huya después de haberla cometido.
- Si se trata de un menor, en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- Si se trata de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, alcohólico, toxicómano.
- Y, por último, para impedir la entrada ilegal de una persona en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

La jurisprudencia que proviene del TEDH, y el propio enunciado del artículo 5.1 CEDH ya referido, están enlazados directamente con la CE, como consecuencia de lo establecido en los artículos 96 y 10.2 CE. Así pues, la citada lista de supuestos de privación de libertad personal, actúa como una enumeración de casos en los que es admisible constitucionalmente que pueda llevarse a efecto una restricción o privación de la libertad personal. Por ello, el artículo 17.1 CE se refiere a una serie de situaciones que habrían de poder ser, objetivamente, subsumibles en algunos de los supuestos establecidos en el artículo 5.1 CEDH.

<sup>152</sup> TEDH. Asunto Ciulla, de 22 de febrero de 1989, serie A, nº 148.

a ella y predecir las consecuencias de la misma, de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad”<sup>153</sup>. Refiriéndose, de ese modo, al principio de taxatividad.

Si bien, partiendo de la base de que la reserva de ley orgánica constituye la única fuente para crear supuestos que limiten la libertad personal, como es sabido, los tratados internacionales ratificados por España precisan ser aprobados por el Parlamento español, con rango de ley orgánica para su incorporación al ordenamiento jurídico español. No obstante, en el supuesto de que afecten en el ámbito penal, este aspecto no resultará incompatible con asumir los casos recogidos en el artículo 5 CEDH<sup>154</sup>.

Ahora bien, lo anterior no implica que todos los supuestos -de origen nacional- deban tener cabida en alguno de los casos que enumera ese artículo 5.1 CEDH. Lo normal es que sea coherente con ello. Pero dicho tratado internacional no tendrá mayor rango ni limita la propia Constitución Española. Otra cosa es que cualquier ley orgánica española no pueda ser contraria a la Carta Magna, al CEDH, a la jurisprudencia del TEDH, o a cualquier otro tratado internacional.

---

<sup>153</sup> STEDH Caso Malone v. Reino Unido, Sentencia 8691/79, de 2 de agosto de 1984, STEDH Caso Kruslin v. Francia, Sentencia 11801/85, de 24 de abril de 1990, STEDH en el Asunto Valenzuela v. España, Sentencia 25357/94, de 30 de julio de 1998.

Encontrándose las anteriores SSTEDH entre otras del mismo Tribunal, que a su vez fueron recogidas en la STC 169/2001, de 16 julio, Fundamento Jurídico 9.

<sup>154</sup> En este sentido se ha manifestado el TEDH en el Asunto Engel y en el Asunto Winterwerp, en los que señaló que “la lista de supuestos de privación de libertad que se enumera en el artículo 5.1 CEDH tiene carácter exhaustivo”. STEDH Asunto Winterwerp v. Países Bajos, Sentencia 6301/73, de 24 de octubre de 1979.

Prosigamos, por tanto, con la segunda de las exigencias para la restricción de la libertad personal: el sometimiento a la jurisdicción. La Constitución Española dispone en su artículo 25.3 que sólo el Poder Judicial puede establecer límites al libre ejercicio de la libertad personal, negando dicha potestad a la Administración Civil.

Es la jurisdicción ordinaria la que posee en exclusiva la ejecución de las privaciones o restricciones a la libertad personal. El Poder Judicial podrá restringir o limitar el libre ejercicio de este derecho, y la extensión de dichas restricciones, si bien, hay determinados supuestos en los que permite que estén legitimados para su ejecución, habiendo reunido los requisitos legalmente establecidos, los funcionarios públicos, la Autoridad y, obviamente, el propio Poder Judicial, e incluso los particulares -en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos-.

Sin embargo, es el Poder Judicial el encargado del control inmediato, así como de la competencia ordinaria, a la hora de adoptar dichas medidas, quedando el resto de sujetos intervinientes para supuestos de exclusiva prevención o por meras razones de urgencia<sup>155</sup>.

En tercer lugar, también se exige un principio de proporcionalidad con el que se trata que exista un equilibrio entre la medida y el derecho afectado.

A este respecto conviene resaltar la postura de MARTÍNEZ PARDO, quien considera que "este principio supone la necesidad de realizar un adecuado juicio de ponderación entre las gravosas consecuencias que puede generar para una persona la adopción de la medida privativa de

---

<sup>155</sup> En esta línea se pronuncia HUERTA TOCILDO, D.: El derecho fundamental a la legalidad penal. Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, 1993.

libertad, en atención a sus concretas circunstancias, y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso”<sup>156</sup>.

Dicho principio debe ser respetado por las limitaciones al derecho a la libertad personal. Lo cual implica, necesariamente, que toda limitación que establezcan los poderes públicos, debe causar los resultados menos perjudiciales en relación directa con el interés general que se intenta tutelar.

Por consiguiente, no es tan solo un límite que se impone al legislador, sino que debe ser considerado como un criterio a tener en cuenta cuando se proceda a la aplicación de la norma. Sería, por tanto, el funcionario público o la autoridad correspondiente quien ejecutaría la privación o restricción de la libertad, y la autoridad judicial la que llevaría el control de si la medida adoptada -a tenor de las circunstancias concretas- ha sido la correcta y proporcionada<sup>157</sup>.

Podemos decir que el principio de proporcionalidad constituye el criterio interpretativo fundamental para discernir sobre el grado de aceptación -constitucionalmente hablando- de las actuaciones, actos y normas, que afectan a la libertad personal<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J.: La detención y el internamiento ... op. cit., página 183.

<sup>157</sup> Sobre el derecho a la libertad personal, el TC ha manifestado que las restricciones, limitaciones y privaciones, corresponde establecerlas al legislador, el cual viene obligado a respetar el principio de proporcionalidad. Declarando expresamente que la CE no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Exigiendo que, para las restricciones de la libertad, exista proporción y equilibrio entre el derecho y su limitación. STC 178/1985, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>158</sup> El legislador asumió, en la reforma de la LO 13/2003, de 24 de octubre, la doctrina jurisprudencial del TC, que se desprende de las sentencias 207/1996, de 16 febrero; y 169/2001, de 16 de julio, en las que se señala que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere,

Es decir, el principio de proporcionalidad implica la obligatoriedad de llevar a cabo, un correcto análisis de moderación, sobre las molestas consecuencias que se pueden producir, a todo sujeto pasivo, por la realización o adopción de las medidas de privación o restricción de libertad, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias concretas de cada supuesto específico y su correlación con los fines que se pretenden.

En palabras del TC, es necesario que exista una correspondencia de proporción entre la medida oportuna para garantizar el valor constitucional -o el bien jurídico en conflicto- y las consecuencias menos lesivas que puedan derivarse de la aplicación de dichas medidas limitadoras<sup>159</sup>. En este sentido se posiciona el Alto Tribunal estableciendo que:

“debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”. Respecto a la determinación suficiente señala que: “la lesión inconstitucional de la seguridad jurídica no se produce por la mera existencia de dificultades interpretativas graves con origen cierto en las imperfecciones del texto. Sólo hay inconstitucionalidad cuando los defectos textuales son insuperables”<sup>160</sup>.

Según el TC<sup>161</sup>, este principio está estructurado de modo que la proporcionalidad está sujeta a los criterios de adecuación de la medida que

---

además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

<sup>159</sup> STC 178/1985, de 19 de diciembre.

<sup>160</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre. En este mismo sentido se pronuncia el propio TC en la sentencia 150/1991, de 4 de julio.

<sup>161</sup> La STC 169/2001, de 16 de julio, establece expresamente que “mediante la medida adoptada, sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-: que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -

se adopta, al hecho de que dicha medida sea indispensable, y a su simetría, en sentido estricto.

El TC ha indicado con su jurisprudencia cuál es la estructura que vertebra el principio de proporcionalidad y cómo debe llevarse a cabo. Se requiere la presencia, por una parte, del uso de criterios de adecuación de la medida realizada; por otra, que dicha medida sea absolutamente indispensable y, por último, que exista entre ambas una proporcionalidad en sentido estricto<sup>162</sup>.

En cuanto a la cuarta exigencia, es decir, la necesidad de motivación en las resoluciones judiciales<sup>163</sup>, está incluida por la Constitución Española en el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en su artículo 24, en el que se contienen, además, el derecho a conseguir una resolución

---

necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios, en el interés general, que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos, la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre, proporcionalidad estricta “.

<sup>162</sup> Señala el TC en su anteriormente citada sentencia 169/2001, que “mediante la medida adoptada, sea posible alcanzar el objetivo pretendido (idoneidad); que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto (necesidad); y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (proporcionalidad estricta)”. También, se pronuncia en este mismo sentido, la STC 7/2004, de 9 de febrero.

<sup>163</sup> STC 102/1984, de 12 de noviembre, Fundamento Jurídico. 2.c) “el contenido normal del derecho fundamental, como precisa la Sentencia 68/1983, de 26 de julio (Boletín Oficial del Estado, de 16 de agosto, fundamento jurídico 6), es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo cuando exista alguna causa impositiva prevista por la Ley que no vaya en contra del contenido esencial del derecho, que ha de respetar el legislador”.

debidamente fundada en derecho, y a obtener la ejecución de la sentencia o resolución<sup>164</sup>.

Como síntesis de lo anterior, podemos utilizar la categórica postura de MARTINEZ PARDO, quien sostiene que la motivación de la resolución judicial que limite el derecho a la libertad, es una garantía esencial para la protección y desarrollo del derecho fundamental<sup>165</sup>. En palabras del TC, aún es más imprescindible la motivación de toda resolución judicial, máxime cuando se limite el derecho a la libertad personal<sup>166</sup>.

Ya advertimos anteriormente que del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 CE, se desprende la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales. El TC así lo mantiene, con una reiterada y conocida jurisprudencia<sup>167</sup>. Y subraya que, de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva abarca los derechos de: acceso a la propia tutela judicial; alcanzar una resolución judicial que haya sido debidamente fundada en Derecho y, en consecuencia, suficientemente motivada; y, por último, obtener la ejecución de la sentencia dictada<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> En esta línea, y a mayor abundamiento, el TC señaló que “la obligatoriedad de motivación en las resoluciones judiciales se encuentra encuadrada en las garantías procesales recogidas en el artículo 24 apartado 2º CE”. En estos términos se expresa el TC en sus sentencias: 98/1990, de 24 de mayo; y 64/1981, de 8 de junio.

<sup>165</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J.: La detención y el internamiento ... op. cit., página 185.

<sup>166</sup> En la STC 61/2003, de 24 de marzo, se apunta que “estando en juego el derecho de libertad, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión, no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía”.

<sup>167</sup> Citamos, entre otras muchas, las sentencias del TC 21/1999, de 29 de noviembre; 25/2000, de 31 de enero y 82/2002, de 22 de abril.

<sup>168</sup> El TC ha declarado reiteradamente que, del derecho a la tutela judicial efectiva, se desprende exigencia de que “las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas

La obligación de fundamentación de las resoluciones judiciales es de mayor relevancia cuando se trata de libertades públicas o derechos fundamentales. Han de tenerse en cuenta las circunstancias personales y características concretas del sujeto sometido a la privación de libertad, teniendo en cuenta, en todo momento, los bienes jurídicos que son afectados en la intervención<sup>169</sup>.

En este sentido, el TC sostiene que el derecho a obtener una resolución basada en Derecho implica que en la adopción de la misma se proceda a la aplicación de las normas pertinentes y no las derogadas, inconstitucionales o inaplicables por razón de distribución territorial de competencias<sup>170</sup>.

Y continúa añadiendo que, estando en juego el derecho de libertad, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino, prioritariamente, una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía<sup>171</sup>.

---

en Derecho, sin incurrir en irracionalidad, arbitrariedad o error patente”. En estos términos se pronuncia en la sentencia 5/2002, de 14 de enero, y en igual sentido, en la sentencia 163/2002 de 16 de septiembre.

<sup>169</sup> De este modo, lo reclama el TC, a través de una postura doctrinal mantenida, entre otras, con las sentencias 25/2000, de 31 de enero; 264/2000, de 13 de noviembre; y 8/2001, de 15 de enero.

<sup>170</sup> STC 18/1994, de 28 de febrero, entre otras.

<sup>171</sup> STC 61/2003, de 24 de marzo.



Como último requisito, y siguiendo al TC, nos referiremos al principio de *favor libertatis*, también denominado *in dubio pro libertate*. Se trata de un principio que debe imperar ante la posible adopción y mantenimiento de las medidas restrictivas o limitadoras de la libertad<sup>172</sup>. Los criterios limitadores o restrictivos de los derechos fundamentales y en concreto del derecho a la libertad personal han de ser interpretados en el sentido más respetuoso y favorable a la esencia de tales derechos<sup>173</sup>.

Es lógico que deban existir supuestos de limitación y restricción de la libertad para que otras personas puedan ejercer libremente sus propios derechos<sup>174</sup>; ahora bien, dichas restricciones deberán contar con las necesarias garantías jurídicas y proporcionales al grado de restricción y de finalidad con la que se establece.

Se trata de un principio que ha de tutelar el mantenimiento o adopción de las actuaciones que afecten a la libertad ambulatoria de las personas. Por lo tanto, el conjunto de normas que regule, las privaciones de libertad y, en su caso, la detención ha de ser interpretado de modo restrictivo, siendo preferible la interpretación favorable a la garantía del derecho fundamental a la libertad.

El TC mantiene esa misma postura al afirmar que las limitaciones que se establezcan a todo derecho fundamental deben ser interpretadas con

---

<sup>172</sup> En estos términos se ha manifestado el TC en las sentencias 214/1991, de 11 de noviembre; y 190/1992, de 16 de noviembre.

<sup>173</sup> SSTC 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; y 121/2003, de 16 de junio.

<sup>174</sup> Al respecto, GUDE FERNÁNDEZ afirma que “la libertad es el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por las leyes”. GUDE FERNANDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 226.

los criterios restrictivos, y siempre en el sentido más benigno y propicio a la eficacia y fundamento del derecho a la libertad personal<sup>175</sup>.

El Alto Tribunal afirma que “al consistir la prisión provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad”<sup>176</sup>. Incidiendo en este mismo sentido, nos encontramos con la STC 112/88, de 8 de junio, en la que señala que el artículo 17.1 CE obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad<sup>177</sup>. Es decir, impera el principio general de protección<sup>178</sup>.

El TC apunta que cuando haya que optar por una decisión entre varias, habrá que adoptar necesariamente aquella que sea la más protectora, respetuosa y permisiva con la libertad de la persona afectada.

---

<sup>175</sup> Existe una serie de sentencias del TC que así se pronuncian: 254/1988, de 21 de diciembre Fundamento Jurídico 8; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; y 121/2003, de 16 de junio.

<sup>176</sup> STC 41/82, de 2 de julio, Fundamento Jurídico 2; y STC 34/1987, de 12 de marzo, Fundamento Jurídico 2. “poniendo en conexión la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que “al consistir la libertad provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad” (STC 41/1982, de 2 de julio).

Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad del imputado en el curso del proceso debe ser respetada, salvo que se estime indispensable por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto; dicha excepcionalidad tiene también su reflejo, en caso de sucesión de normas, en la decisión de la Ley aplicable al adoptar el Juez una decisión de mantener la situación de prisión provisional, y la consiguiente denegación de la libertad”.

<sup>177</sup> A mayor abundamiento, el TC en su sentencia 9/94, de 17 de enero, Fundamento Jurídico 6, señaló que toda limitación de la libertad individual, debe tener una interpretación restrictiva, dado que la libertad es el criterio fundamental que debe presidir la vida de los ciudadanos.

<sup>178</sup> Apareció por primera vez en la STC 41/82 de 2 de julio, y se repitió en las SSTC 32/87 de 10 de marzo; 34/87, de 12 de marzo; 117/87 de 8 de julio; y 9/94 de 17 de enero.

Ello implicaría que se aplique el principio de *favor libertatis*, en este sentido se expresa en la STC 32/1987, en la que respalda sin ambigüedades que cuando se trate de la interpretación de los derechos fundamentales, la legalidad ordinaria, habrá de realizarse de la forma más favorable de las posibles interpretaciones<sup>179</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo manifestado, y a modo de recapitulación podemos señalar que la libertad personal consiste en elegir, con el uso de la razón, entre diversos medios y fines, cómo vivir y actuar respecto de las relaciones personales y sociales. Y para ello necesitaremos “seguridad” – ámbito de tranquilidad- con la que conseguir una libertad completa (que incluye la libertad personal y la seguridad pública y jurídica).

Por ello, el Estado de Derecho debe encontrar un ordenamiento jurídico que sea lo más garante posible del derecho a la libertad personal, sin que ello signifique poner en conflicto la coexistencia de los derechos de los ciudadanos. La interpretación de la Constitución Española y del CEDH,

---

<sup>179</sup> STC 32/1987, de 10 de marzo, Fundamento Jurídico 3, este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que, “en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos” (Sentencia 34/1983, de 6 de mayo; en el mismo sentido, Sentencias 17/1985, de 9 de febrero, y 57/1985, de 29 de abril), doctrina que, por lo que al caso presente concierne, significa que las decisiones judiciales aquí cuestionadas, sin menoscabo de la ley, deberían haber optado por una interpretación más favorable a la libertad del inculpado. La pertinencia del *favor libertatis* resultaba tanto más obligada en un supuesto como el presente en el que, habiéndose planteado un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la *lex posterior* de todo precepto transitorio que determinara su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad, los órganos judiciales, ante la duda razonable que esa circunstancia debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal *pro praeterito* o *pro futuro* que había de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, debieron elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad del recurrente en amparo”.

ha de ser la más favorable al ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos, debiendo existir supuestos de limitación y restricción de la libertad, para que otras personas puedan ejercer libremente sus propios derechos <sup>180</sup>, ahora bien, dichas limitaciones deberán contar con las necesarias garantías jurídicas, siendo proporcionales al grado de restricción y con la finalidad con la que se establece.

---

<sup>180</sup> En este orden de cosas, GUDE FERNANDEZ, afirma que “la libertad es el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por las leyes”. GUDE FERNANDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 226.

## CAPÍTULO II

### PÉRDIDA DE LA LIBERTAD. ESPECIAL MENCIÓN A LA DETENCIÓN

#### 1.- Cuestión previa

Tal y como hemos estado viendo en el anterior capítulo, el derecho a la libertad personal ostenta no solo la condición de derecho fundamental -artículo 17 CE- sino también como valor superior del ordenamiento jurídico -artículo 1 CE-. Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que este derecho puede verse limitado o restringido, dependiendo de cada situación y previa existencia de ley que así lo establezca.

La detención preventiva y la prisión provisional –esta última declarada por la autoridad judicial, lo que la aparta del objeto de nuestro estudio-, representan dos de los supuestos más graves de privación de la libertad personal. No obstante, existen intromisiones más leves, por ejemplo, para proceder a la identificación de personas o la realización de diferentes test; alcohol, drogas, etc.-,

Como advertimos en otros apartados de este trabajo, distinguiremos claramente entre; las restricciones<sup>181</sup> de libertad personal realizadas *in situ* -breves y momentáneas, que son meras injerencias o restricciones-; y las que conllevan traslado de la persona a dependencias oficiales, a las que denominaremos retención con traslado -más duraderas y de mayor gravedad-, habitualmente como consecuencia de una identificación *in situ*

---

<sup>181</sup> Como veremos detenidamente en el capítulo tercero la STC 341/1993 hace la distinción entre restricciones y privaciones de libertad, y dentro de las privaciones entre la detención preventiva -artículo 17.2 y 3 CE- y el resto de situaciones distintas a ésta, a las que no habrían de aplicarse las garantías establecidas en el citado precepto, sino los principios que las informan.

infructuosa, o la necesidad de realizar pruebas más específicas que requieren su presencia en sede policial, centros sanitarios, o dependencias oficiales- y que representan privaciones de libertad<sup>182</sup> sin constituir una detención..

Por lo tanto, dentro del contexto que nos ocupa, y a efectos de visualización esquemática, hacemos la siguiente clasificación de la pérdida de la libertad personal:

Perdida de la libertad personal:

- Privaciones de libertad personal
  - La detención. Clases
    - Realizada por funcionarios públicos. Detención policial
    - Realizada por particulares.
    - Por delitos leves
    - De menores.
    - De carácter administrativo
    - Por la autoridad. Ministerio Fiscal, Jueces y Tribunales
    - Orden Europea de Detención y Entrega
  - Retención con traslado
- Limitaciones de libertad personal *in situ*
  - Retención simple
    - Cacheos
    - La identificación de personas
    - Test de alcoholemia y drogas
- Supuestos especiales. Que abordaremos en el capítulo IV

---

<sup>182</sup> En términos generales, entendemos la privación de libertad personal como la pérdida de una facultad de libre decisión que corresponde a las personas y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar su voluntad. constituyendo una cualidad específica de la persona directamente emparentada a su libertad de obrar y de actuar, y de no ser conminado a realizar aquello que no se desea libremente.

En principio existía cierta tendencia a equiparar detención preventiva con mera privación de libertad instrumental, sin embargo, ello ha dado paso a una situación actual en la que los dos conceptos adquieren connotaciones diferentes. De tal manera que la detención representa una privación de libertad, pero no al revés, dado que esta última figura incluye otros significados (pena de prisión, prisión preventiva, internamiento no voluntario, etc.).

Dicho con otras palabras, privación de libertad es el todo y la detención preventiva sólo una parte. Que, a su vez, viene determinada por los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, necesidad, y transitoriedad. Por lo tanto, la detención sirve como instrumento del derecho procesal penal con el que se trata de asegurar la personación del sujeto ante la autoridad judicial.

En síntesis, la privación de libertad es el género y la detención preventiva; la prisión provisional; las restricciones; o las retenciones, serán las especies, en atención a su gravedad, duración e intensidad. Todas ellas bajo el amparo jurídico que les otorga su establecimiento legal previo.

Como consecuencia de lo señalado, comprobamos que pueden resultar confusas, tanto la terminología empleada por la doctrina y la jurisprudencia, como las situaciones intermedias, entre libertad personal y detención<sup>183</sup>, en las que puede encontrarse un sujeto.

---

<sup>183</sup> Considera FAIRÉN GUILLÉN que “no se trata de ampliar el concepto legal de detención, sino de establecer unas mínimas garantías para los supuestos intermedios entre libertad y detención que suponen, como hemos visto, auténticas privaciones de libertad”. FAIRÉN GUILLÉN, V.: La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana, Editorial Civitas, Madrid, 1992, página 94.

Es decir, una persona puede estar:

- En plena uso de su libertad personal.
- Sin disfrutar de su libertad ambulatoria por encontrarse subordinado a la práctica de diligencias policiales realizadas *in situ* (identificación personal, cacheos, test de alcoholemia, entre otros). En este caso se considera que ha existido una restricción, pero no ha habido una privación de su libertad personal, ni tampoco está detenido y, por tanto, sin la cobertura total del artículo 17 CE.
- Privado de su libertad -sin estar detenido- como consecuencia de la realización de las pruebas y actuaciones indagatorias citadas en el punto anterior, pero en este caso requieren traslado a dependencias oficiales, por lo que se encuentra sin poder disfrutar de todas las garantías del artículo 17 CE<sup>184</sup>.
- Detenido, en cuyo caso se aplica la totalidad de las garantías del citado precepto.

---

<sup>184</sup> Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, en este caso, el sujeto trasladado ha de ser informado de los motivos de dicha actuación, y de su derecho a guardar silencio, no será posible la realización de interrogatorio alguno. Limitándose la intervención a la diligencia específica que se trate.

Es oportuno recordar que no todo traslado a dependencias policiales ha de ser considerada como detención, nos referimos a las identificaciones *in situ* fallidas, los test de alcoholemia, etc. Lo cual se fundamenta en lo dispuesto, a su vez, por el TC en su sentencia 107/1985, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 3, señalando que “la realización de esta prueba, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”<sup>184</sup>. Por lo que dichas intervenciones quedarán fuera de la actuación tipificada, en los artículos 167 y 530 CP.



## 2.- Concepto de detención.

Es indiscutible que el término detención posee diversas acepciones, en atención al sentido más o menos amplio que le concedamos. En nuestro trabajo de investigación, el concepto que utilizaremos con más asiduidad será el estricto, es decir, entendemos como detención preventiva<sup>185</sup> la medida adoptada por las FCSE, la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, e incluso, la ejercida por los particulares, siendo ésta la privación de libertad personal de todo individuo, como consecuencia de su presunta participación en un acto delictivo. No obstante, la detención policial es la que representa la mayor parte de nuestro objetivo de estudio, máxime en el capítulo V, en el que llevaremos a cabo el examen de la jurisprudencia del TS en cuanto a la penalidad de los artículos 167 y 530 CP, y su remisión al artículo 163 CP.

Como es sabido, el artículo 126 CE<sup>186</sup> establece que “la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”.

---

<sup>185</sup> El TS considera la detención como una medida cautelar realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, pre-ordenada básicamente a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*. Así lo señala en su sentencia de 16 de octubre de 1993, Fundamento Jurídico 2.

<sup>186</sup> En la mayoría de los textos constitucionales no se concretan requisitos o condiciones sobre la detención, sino que únicamente se establecen garantías para las personas que se encuentren detenidas.

GARCÍA MORILLO advierte que “los ordenamientos continentales, obsesionados por el establecimiento de las garantías del detenido, olvidaron determinar cuándo se puede ser detenido”<sup>187</sup>.

Por nuestra parte, en un primer acercamiento para precisar el concepto de detención<sup>188</sup>, podríamos definirlo como la privación de la libertad de los seres humanos, concibiendo la libertad personal en su condición de libertad ambulatoria, a través de la cual, las personas resuelven libremente dónde situarse. Es por ello que la detención puede efectuarse cuando la persona haya llevado a cabo un ilícito penal que el ordenamiento jurídico califique como grave.

En este sentido, opina MÁLAGA DIEGUEZ que “tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica, son frecuentes las interpretaciones que expresa o implícitamente, limitan el concepto de detención a las privaciones de libertad que están relacionadas con la comisión de un delito, e incluso, a las que cumpliendo el anterior requisito, están preordenadas a prevenir la fuga de su presunto autor”<sup>189</sup>.

En consecuencia, no podrá ser considerada como detención toda inmovilización de una persona a la que se le impida adoptar o realizar una conducta legal.

En los sucesivos apartados y capítulos, trataremos de diferenciar los presupuestos exigidos a la detención preventiva cuando es efectuada por

---

<sup>187</sup> GARCÍA MORILLO. J.: Algunas consideraciones sobre la detención policial y los derechos del detenido, Estudios de Derecho público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. 1, Madrid, 1997, página 758.

<sup>188</sup> En el lenguaje menos académico, la palabra “detención” suele emplearse para denominar los arrestos que efectúan las FCSE.

<sup>189</sup> MÁLAGA DIEGUEZ, F.: Detención y retención, en Revista de Derecho Procesal, nº 2, Madrid, 2001, página 146.

las FCSE, por los particulares e incluso, algunos supuestos especiales, por ejemplo, los vigilantes de seguridad, capitanes de buque y comandantes de aeronaves. Todas ellas detenciones realizadas sin la existencia de una orden previa y expresa de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal.

Por lo tanto, una definición primaria y genérica sería; todo quebrantamiento expreso del derecho fundamental a la libertad ambulatoria.

La detención no es necesariamente una decisión amparada en el curso de un procedimiento judicial, sino que también consiste en una mera situación de hecho y, por tanto, constituye una medida cautelar que puede ser adoptada, tanto por la autoridad judicial, como por los agentes de la autoridad, incluso, en determinados casos, puede realizarse por los particulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 490 LECR<sup>190</sup>.

Por una parte, NARANJO DE LA CRUZ añade que “la detención es una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, que sitúa al detenido ante la eventualidad de quedar sometido a un proceso penal”<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Artículo 490 CP. Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti. 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

<sup>191</sup> NARANJO DE LA CRUZ, R.: Derechos fundamentales, en AA.VV., Manual de Derecho Constitucional, capítulo XVIII, editorial Tecnos, Madrid, 2003, página 478.

Y, por otra, en representación de la mayoría de la doctrina VECINO CASTRO<sup>192</sup> afirma que la detención es una medida cautelar, que ha de reunir los siguientes presupuestos básicos<sup>193</sup>: a) el *fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho”, que se basa en la concurrencia de indicios racionalmente bastantes<sup>194</sup> para creer que se ha producido un delito, y bastantes para creer que una persona concreta tuvo participación en él. b) El *periculum in mora* o “peligro en la demora”, que se fundamenta en la existencia razonada de una situación de riesgo, que podría poner en peligro el correcto desarrollo del proceso, si se demora la adopción de la medida cautelar.

Entendemos que esta condición de medida cautelar está dirigida a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*<sup>195</sup>, y de modo inmediato, a proporcionar al juez, en palabras de QUINTERO OLIVARES, “el primer

---

<sup>192</sup> VECINO CASTRO, M.: Análisis de la detención, en Artículos Doctrinales, revista La Toga Digital número 166, nov/dic 2007.

<sup>193</sup> En esta línea se manifestó la STS 1516/2005, de 21 de enero.

<sup>194</sup> Es necesario destacar la STS de 12 de diciembre de 2005, en la que subraya “en los supuestos de intervención policial que concluye con la detención de una persona, el examen de la racionalidad de la sospecha que justifica la medida debe hacerse ex ante, y no esperar a la confirmación ex post de los indicios racionales, por lo que es correcto detener con base racional aun cuando posteriormente se determine que el sujeto no ha cometido el ilícito. En realidad, la detención efectuada por los miembros de los Cuerpos Policiales se considerará delictiva cuando ésta se haya efectuado sin indicio razonable alguno de la posible comisión por el detenido de un delito, porque en tales casos la racionalidad y la proporcionalidad se ven desplazadas por la arbitrariedad, situación de arbitrariedad y total sinrazón (...) El juicio de racionalidad de la posible comisión de una acción delictiva justifica la medida adoptada por los funcionarios policiales y, desde luego, excluye todo viso de arbitrariedad o abuso en la actuación de éstos, por lo que, aunque ex post el Tribunal sentenciador no haya apreciado una actuación delictiva por parte del detenido, ello en modo alguno excluye que en el momento de los hechos existieran esos indicios racionales que sustentaban la actuación policial”

<sup>195</sup> Derecho a penar o derecho a sancionar por parte del Estado.

sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales, y la adopción de las medidas cautelares de carácter provisional, si fuesen necesaria”<sup>196</sup>, incluyendo, lógicamente, las retenciones para identificación o el desplazamiento a dependencias policiales.

Por ello, sin duda alguna, representa una medida cautelar<sup>197</sup> y provisional de naturaleza personal-. Así es calificada por el CP en su artículo 34.1 y por el TC<sup>198</sup>, disponiendo que la detención es una medida

---

<sup>196</sup> QUINTERO OLIVARES G. y VALLE MUÑIZ J.M.: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, páginas 172 a 173.

<sup>197</sup> En sentido amplio, entendemos como medida cautelar al conjunto de actuaciones preventivas dirigidas a garantizar el adecuado desarrollo del proceso y la efectividad de las obligaciones que imponga la sentencia que se dicte.

La aplicación de las medidas cautelares está regulada por los siguientes principios generales: principio de legalidad; de excepcionalidad; de subsidiariedad (ultima ratio); de proporcionalidad; de instrumentalizad; de necesidad; y, por último, de temporalidad. En concreto, el TS dice que en materia de detención y prisión preventiva deben regir los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y excepcionalidad. Asimismo, en la STS de 15 abril de 1993, dice que la proporcionalidad, como eje definidor de lo permisible, exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona.

Por su parte, la STC 207/1996 señala que la medida cautelar debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende conseguir. Por lo que el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, las determinaciones de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, un fin constitucionalmente legítimo.

<sup>198</sup> Según señala en la STS de 1 de febrero de 1995, y Auto del TS de 7 de maro de 1995, “por detención policial la doctrina entiende la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición de la Autoridad judicial. Al meditar sobre su naturaleza jurídica se la define como medida cautelar realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada a garantizar la

cautelar realizada en el curso del procedimiento penal o en función de su incoación preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y de modo inmediato, a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional<sup>199</sup>.

Al respecto, el TS también la califica como medida cautelar, basada en un mínimo de sustrato indiciario, que no permitirá comprobaciones exhaustivas<sup>200</sup>.

Resulta ser, por tanto, todo acto jurídico de privación de la libertad personal con carácter de medida cautelar y provisional. Constituirá, en esencia, una medida preventiva, lo que dará lugar al cumplimiento de una serie de derechos y formalismos, entre los que podemos destacar; la comunicación expresa de la detención, la lectura de los derechos al detenido, en definitiva, la información de todos los derechos previstos por la legislación vigente a favor el detenido, entre otras. Todos ellos aspectos de los que nos ocuparemos detenidamente en el capítulo siguiente.

---

futura aplicación del “ius puniendi” y, de modo inmediato, a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional”.

<sup>199</sup> STC 95/ 1989, de 1 de febrero, en su Fundamento Jurídico 4.

<sup>200</sup> Añadiendo que “es realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar el Juez de Instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional. La medida de detención, (...) no deja de ir precedida ordinariamente de un fugaz o pasajero periodo en el que se dan cita la sospecha fundada, el impulso investigador y la corroboración mínima, a cuyo través se llega, en su caso, a la adopción de la idea y decisión de la detención. Esta no es fruto de la arbitrariedad ni tampoco necesariamente correlato de la certeza. Tiene que contar con un mínimo de sustrato indiciario y no debe aguardar comprobaciones exhaustivas”. STS 11655/1995, de 1 de febrero.

En este sentido, el TC añade, por su parte, una aproximación conceptual al término “detención” cuando en su reiterada jurisprudencia defiende que la detención es “cualquier situación fáctica en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para determinar, por obra de su voluntad, una conducta ilícita”<sup>201</sup>.

PÉREZ MORALES, define la detención como “la privación de la libertad de una persona, con la finalidad de ser puesta a disposición de la autoridad judicial competente, en los casos previstos en la Constitución Española y en la normativa específica que los desarrolla, pudiendo practicarse antes de la existencia efectiva de un proceso penal, durante o tras la conclusión del mismo, y también como: medida cautelar de carácter personal con carácter provisionalísimo, a fin de ponerla a disposición del Juez instructor competente”<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> STC 98/1986 de julio. En este sentido, la precitada sentencia establece no solo la definición de la detención, sino cómo el derecho a la libertad se conculca cuando se realiza una detención arbitraria, “no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el Juzgador «a quo» cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos. Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, 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”.

<sup>202</sup> PÉREZ MORALES, M.G.: Medidas cautelares I, en JIMÉNEZ CONDE, F. y PÉREZ MORALES, M.G., Manual de Derecho Procesal Penal. Esquemas y lecciones, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2014, página 300.

En esta línea se manifiesta BRAMONT-ARIAS TORRES señalando que la detención “consiste en privar de libertad a una persona, concediéndole a la libertad el carácter ambulatorio, la movilidad con que normalmente se desenvuelve, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave”<sup>203</sup>. Opinión coincidente con la mayoría de la doctrina, pero que se centra exclusivamente en el hecho de la previa comisión del delito.

Dentro de las diversas acepciones del concepto de detención, *lato sensu* se define detención como cualquier forma de obstaculizar la libertad personal.

Entre los conceptos *lato* y amplio se sitúa RICHARD GONZÁLEZ cuando nos dice que debemos entender la detención como la “privación provisional o preventiva de la libertad de una persona y por tanto como la restricción de un derecho fundamental que deberá venir avalada por una serie de garantías que la hagan admisible, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estos requisitos deberán ser formales y procedimentales, ya que de no darse estos, podemos incurrir en la detención ilegal”<sup>204</sup>.

Por su parte, advierte GARCÍA MORILLO que en cuanto a la postura que sobre esta cuestión mantiene el TC, este la califica como situaciones de hecho en las que se impide a la persona la autodeterminación de la conducta lícita. Por ello, este autor afirma que “en cuanto a su concepto amplio, la detención es toda privación entendida como encierro, con una duración mínima, privando de libertad a una persona. Y, por último, en cuanto a su concepto estricto, coincide con el de detención policial, bien

---

<sup>203</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.: Manual de Derecho Penal, Parte General, San Marcos, Lima, 2008, página 446.

<sup>204</sup> RICHARD GONZALEZ, M.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.: Proceso Penal Práctico, La Ley Actualidad, Madrid, 2009, página 740.



sea por decisión autónoma de los propios agentes actuantes o por orden judicial por la imputación de un delito en un proceso penal”<sup>205</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que el TC sostiene una aproximación a un concepto amplio de detención, cuando en su reiterada jurisprudencia defiende que consiste en “cualquier situación fáctica en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para determinar, por obra de su voluntad, una conducta ilícita”<sup>206</sup>. En este aspecto, dicha sentencia establece no solo la definición de la detención, sino cómo el derecho a la libertad se conculca arbitrariamente por funcionarios públicos.

GIMENO SENDRA, concreta y simplifica lo que hemos expuesto cuando afirma que “la detención personal constituye una limitación del derecho de los imputados -investigados- con el único objeto de ponerlos a disposición judicial”<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 48.

<sup>206</sup> STC 98/1986, de 10 de julio “no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el Juzgador “a quo” cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos. Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, 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”.

<sup>207</sup> Coincidiendo por nuestra parte con el concepto que expresa, sin embargo, entendemos que la utilización del término “imputados” puede crear confusión, cuando en realidad podría utilizarse el vocablo “sospechoso” o “supuesto”. GIMENO SENDRA, V.: Manual de Derecho Procesal Penal, editorial Colex, Madrid, 2008, páginas 320 y 321.

Por su parte, considera DE VEGA RUIZ que “la doctrina del TC sobre el concepto de detención resulta difusa y poco definida, dejando fuera toda una serie de supuestos, limitaciones y restricciones, al derecho a la libertad personal, en las que el ciudadano carece de las garantías del detenido”<sup>208</sup>.

En este mismo sentido, sostiene GUDE FERNÁNDEZ que el TC incluso contradice a su propia doctrina, cuando por una parte declara que “no pueden encontrarse zonas intermedias entre la detención y la libertad...”, y, de otra, manifiesta que no es “constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden excluidas del ámbito de protección que la Constitución concede a este derecho”<sup>209</sup>. A nuestro entender, habría que realizar a estas afirmaciones una matización, en el sentido de que, bajo nuestro punto de vista, existe la posibilidad de interpretar tal contradicción como una evolución.

Y, añade dicha autora que la detención “implica la idea de interdicción o interrupción de la libertad natural o personal de un individuo, por la autoridad o sus agentes, con el propósito de proveer a la seguridad del orden jurídico que está vulnerado o en proceso de ello. Es una medida con carácter transitorio y justificada en razón de provisión del bien público. No se pueden llamar, por tanto, detenciones las que se prolongan durante cierto tiempo, dándoles carácter permanente o convirtiéndose en una situación temporal estable”<sup>210</sup>.

Sin embargo, como veremos con más amplitud en los próximos apartados, la detención también puede ser iniciada por un particular –en

---

<sup>208</sup> DE VEGA RUIZ, J. A.: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, editorial Colex, Madrid, 1994, páginas, 103 a 106.

<sup>209</sup> En referencia a la STC 98/1986 de 10 de julio, Fundamento Jurídico 4. GUDE FERNÁNDEZ, A.: *Los derechos del detenido...* op. cit., página 241.

<sup>210</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: *Los derechos del detenido...* op., cit., página 234.

supuestos específicos recogidos en el artículo 490 LECR-; los agentes de la autoridad que hubiese tenido conocimiento de la comisión de un delito, y finalmente, por el Ministerio Fiscal que se encuentra facultado para realizar investigaciones pre-procesales a tenor de lo establecido en el artículo 773.2 LECR<sup>211</sup>.

No obstante, el supuesto que estamos abordando en el presente trabajo, se centra en la detención cometida por el funcionario público, el cual está obligado a iniciar las acciones y diligencias necesarias ante la comisión de un delito por un sujeto determinado.

La ley permite que, con la detención, la libertad sea vulnerada de forma expresa, estableciendo para ello límites temporales. Nos posicionamos con RIVERO SANTANA cuando hace mención a que la detención preventiva “es parte del esfuerzo por encontrar la verdad y al culpable de posibles transgresiones. De ese modo, la condición de detenido

---

<sup>211</sup> 773.2 LECR “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si los hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

se asocia por lo general, con una persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal, que es privada de libertad al objeto de garantizar su disponibilidad física de cara a su posible enjuiciamiento”<sup>212</sup>.

Estas afirmaciones nos dan la oportunidad de destacar el potencial efecto perturbador que posee toda detención policial sobre la honorabilidad y dignidad del sujeto detenido. Recordemos la desafortunada actualidad de la “pena de telediario”, lo que nos muestra la extraordinaria trascendencia que conlleva el mero hecho de la detención de una persona, con independencia de su posterior puesta en libertad, libre de cargos. Desgraciadamente, una mera detención policial sin posteriores consecuencias jurídicas puede determinar la vida posterior de cualquier persona.

Dicho lo anterior, y en relación con la ilegalidad de la detención. Resulta muy ilustrativa la clasificación que hace CLIMENT DURÁN, quién distingue tres modalidades conductuales de detención ilegal: en primer lugar, la detención ilegal cometida sin mediación de causa por delito, recogida en el artículo 167 CP. En segundo lugar, la cometida con mediación de causa por delito<sup>213</sup>, regulada por el artículo 530 CP , y en

---

<sup>212</sup> RIVERO SANTANA.: La detención como figura representativa del sistema de justicia, *Cadernos de Derecho Actual*, Nº 8, Núm. Ordinario, 2017, páginas 96.

<sup>213</sup> A este respecto, entiende este autor que existe causa por delito cuando, constando un hecho de tipo delictivo e imputable a una o varias personas, se produce una actuación policial o judicial dirigida a la averiguación del hecho, o al aseguramiento del sujeto o sujetos presuntamente responsables. Y añade, que la causa por delito ha de estar específicamente dirigida contra la persona que es objeto de una detención ilegal, de modo que, si en el seno de una causa criminal ya existente dirigida contra otras personas, se considerase erróneamente por la policía que otra -hasta entonces no imputada- tiene responsabilidad en la misma y se procede a su detención, ésta será calificada de indebida, toda vez que contra ella no mediaba causa alguna por delito ni existían indicios de criminalidad. RIVERO SANTANA, V.: *Los derechos del detenido...* op. cit., página 71 y siguientes

último lugar, la detención ilegal cometida con quebrantamiento de las garantías del detenido, contemplada también por el artículo 530 CP, denomina detención ilegal formal<sup>214</sup>.

En relación con lo anterior, RIVERO SANTANA considera que “la detención que se lleve a cabo y no cumpla con los requisitos legales establecidos, como garantía y tutela de la libertad, puede calificarse como ilegal. Así pues, aquellas detenciones indebidamente prolongadas o mantenidas en el tiempo, o aquellas que, aún sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas, dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, se entenderá que vulneran flagrantemente el derecho fundamental a la libertad”<sup>215</sup>.

Por lo tanto, es determinante la inexistencia previa de causa por delito. Como veremos en el capítulo quinto, la existencia previa, será definitiva en la calificación jurídica del tipo penal infringido, ello nos conducirá al artículo 530 CP o, en su defecto, se aplicará el artículo 167 CP.

Llegados a este punto, debemos diferenciar entre la detención ilegal<sup>216</sup> cometida por funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones,

---

<sup>214</sup> CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales, editorial Tirant lo Blanch, Valencia.1998, página 61.

<sup>215</sup> RIVERO SANTANA, V.: Los derechos del detenido... op. cit., página 42

<sup>216</sup> Respecto del concepto amplio de detención ilegal, BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS, consideran que “tanto en los Tratados internacionales ratificados por España como en la propia Constitución Española se parte de un concepto amplio de detención ilegal, esto es, no se limita a los casos de detención no previstos en la ley –detención ilegítima *ab initio*-, sino que abarca también la detención que vulnera el procedimiento legalmente establecido -infracción de las garantías que rodean la detención-. BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en Indret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2006, página 4.

y el funcionario público que actúa como particular, supuesto éste sobre el que se pronuncia el TC, en el sentido que cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, por razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones exclusivamente privadas, la actuación sale o escapa del marco competencial del agente, quien dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses meramente particulares<sup>217</sup>.

Respecto de lo anterior, CARBONELL MATEU. y GONZÁLEZ CUSSAC opinan sobre la conculcación de las condiciones exigidas para la detención legal en las detenciones ilegales cometidas por funcionario público, señalando que “no se actúa como particular, sino como autoridad o funcionario que se excede en el ejercicio de su competencia. No prescinde de ésta, no actúa fuera completamente de la misma, es más, no atenta directamente contra la libertad, sino más bien contra las garantías de la misma”<sup>218</sup>.

Por su parte BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS sostienen, al respecto del exceso en las facultades que se otorgan a los funcionarios públicos, que con relación a estos derechos, eso sería lo que determinaría la aplicación de estos delitos, pues la restricción de la libertad ambulatoria sólo queda plenamente justificada cuando se practica con escrupuloso respeto a las exigencias legales<sup>219</sup>.

Apunta RIVERO SANTANA que la detención, no es otra cosa que la privación de la libertad personal que hace una autoridad a una persona,

---

<sup>217</sup> STS 1131/1997, de 18 de febrero, en su Fundamento Jurídico 2.

<sup>218</sup> CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, página 862.

<sup>219</sup> BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales... op. cit., página 4

dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley<sup>220</sup>. Estamos con el referido autor, cuando advierte que coincide la doctrina y el TC en que la detención como privación preventiva de la libertad de una persona, deberá venir avalada por una serie de garantías que resultan identificadas y garantizadas dentro del marco normativo de los derechos fundamentales<sup>221</sup>. No obstante, dicho autor se centra en una definición exclusivamente policial de la detención, realizada ésta por la autoridad (agentes), o Ministerio Fiscal, excluyendo a los particulares.

Por consiguiente, y en términos generales, podemos señalar que la detención, es la privación temporal del derecho a la libertad personal, por el cumplimiento de los presupuestos previos que para ello establece la ley, como consecuencia de la atribución a una determinada persona de la comisión de un delito. Puede ser adoptada por la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, las FCSE<sup>222</sup> e incluso los particulares -cuando se cumplan ciertos presupuestos-. Para ser puesto a disposición judicial, y valorar si corresponde la detención preventiva, la prisión<sup>223</sup> o, en su caso, decretar su puesta en libertad.

---

<sup>220</sup> RIVERO SANTANA, V.: Los derechos del detenido.... op. cit., página 33.

<sup>221</sup> RIVERO SANTANA, V.: La detención como figura representativa... op. cit., página 95.

<sup>222</sup> Es una de las actuaciones de las que disponen los miembros de las FCSE, en su potestad –artículo 126 CE- de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Si bien, afectan al derecho a la libertad personal -17 CE- y al derecho a la presunción de inocencia -24 CE-.

<sup>223</sup> Que, a su vez, podría dar lugar a una prisión provisional o, en su caso, para cumplir con una sentencia condenatoria, por lo que no sería una medida cautelar, sino de ejecución de una condena impuesta anteriormente.

### 3.- Casos permitidos por la ley para detener.

En el artículo 492 LECR<sup>224</sup> se dispone que, además de los supuestos del artículo 490.2 CP, tendrá obligación de detener; al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional; al procesado por delito al que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial (excepto que preste fianza); y, al que tenga motivos, racionalmente bastantes, para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito o tuvo participación en él.

En el punto cuarto de dicho precepto se exige que concurren dos circunstancias; que la autoridad o agente tenga motivos, racionalmente bastantes, para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y que también tenga razones suficientes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él.

---

<sup>224</sup> Artículo 492 LECR “la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.



De igual modo, y siguiendo con la LECR, nos encontramos con los supuestos de: delito flagrante; certezas de la comisión del delito; situación de rebeldía<sup>225</sup>; peligro de fuga; o por delitos con pena superior a tres años de prisión o una por delitos con pena menor, si los antecedentes del imputado o las circunstancias del hecho hacen presumir su incomparecencia (salvo prestación de fianza bastante).

Respecto al tenor literal del artículo 492 LECR nos llama la atención la utilización de las expresiones “sospecha razonable”, “motivos racionalmente bastantes” y “causa probable”, todas ellas sin duda, con cierto componente objetivo<sup>226</sup>, y que, a nuestro entender, tienen parecido significado, sin embargo, se trata de expresiones que dan lugar a múltiples interpretaciones, en ocasiones, interesadas y forzadas. Por lo que ha debido ser la jurisprudencia la que ha tratado de concederles el contenido y valor correctos.

En cuanto al significado de “bastante”, cuando nos referimos a la “motivación racionalmente bastante”, diremos que en el derecho español

---

<sup>225</sup> Por su parte, el artículo 495 LECR, establece que no cabe la detención por faltas<sup>225</sup>, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle

<sup>226</sup> El TEDH ha considerado que el establecimiento de las causas de detención, son responsabilidad de cada legislación nacional, por lo tanto, el análisis de su concurrencia en cada caso, corresponderá a la autoridad judicial competente en cada supuesto. Pero ello no ha impedido que en determinados supuestos haya valorado y analizado si se ha cumplido lo establecido en el artículo 5.1 del CEDH, y señala el TEDH que “la plausibilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento esencial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del CEDH contra las privaciones de libertad arbitraria” y continúa diciendo que “la existencia de sospechas plausibles presupone la de hechos o señales capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”. STEDH Asunto Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido, Sentencias 12244/86; 12245/86 y 12383/86, de 30 de agosto de 1990.

se exige que existan indicios suficientes<sup>227</sup>, no meras suposiciones o especulaciones. En este orden de cosas, nos encontramos que en el auto de procesamiento se exige que aparezcan sospechas racionales de criminalidad, es decir, demanda algo más que meras conjeturas.

Sobre ello, PORTILLA CONTRERAS entiende que “mientras que para la detención se exige la existencia de una presunción o motivación de haberse cometido un delito, derivadas de la presencia de elementos objetivos que contribuyan a la creación de tal concepción en el funcionario, para el auto de procesamiento y la orden de prisión preventiva, por el contrario, la presunción obedece a razones de mayor certeza debido a la evolución de la propia investigación”<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Se trata de un medio probatorio consistente en la apreciación de la realidad de los hechos por la convicción que resulta de determinados indicios. La existencia de indicios suficientes, no los convierte, de forma automática, en prueba indiciaria, sino que, siguiendo al TS, han de reunir requisitos añadidos para que los indicios puedan ser utilizables como prueba. Han de estar plenamente probados, no pueden tratarse de meras sospechas, y debe explicitarse el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el sujeto realizó la conducta infractora. “cuando de blanqueo de capitales procedentes de delito contra la salud pública se trata, una consolidada jurisprudencia ha consagrado un triple pilar indiciario para sustentar su existencia. Sin perjuicio de que pudieran concurrir adicionales que ratifiquen la convicción, la prueba indiciaria será: a) el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y c) la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas” (STS, 2.ª, 23 de diciembre de 2104).

<sup>228</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica de detención ilegal por funcionario público. Edersa, Madrid, 1990, página 240.

Consideramos que los indicios racionales, requieren más que “motivos bastantes”; a este respecto la jurisprudencia española sostiene que la calificación de detención legal, no depende directamente de la existencia efectiva y real de un delito, sino que depende de las circunstancias y características del hecho, de las que podría concluirse que existía un ilícito penal. Todo ello nos lleva a que no podría considerarse legal una detención realizada sustentándose exclusivamente en meras intuiciones, sin una base o apoyo objetivo.

Ante la cuestión de si tales indicios habrían de entenderse, como pruebas indiciarias, sin pretender alejarnos del objetivo de nuestro trabajo (pero sin dejar de exponer suficientemente los conceptos que nos ocupan), nos detendremos en el concepto de “indicios” racionales, y su reflejo en la jurisprudencia. Tengamos en cuenta que, en un gran número de ocasiones, la prueba indiciaria es la única de la que se dispondrá.

Comenzaremos desde la presunción de inocencia<sup>229</sup> la cual constituye una presunción *iuris tantum*, puesto que se apaga en el momento en que se presentan pruebas suficientes y legales, que habrán de ser examinadas por el juzgado o tribunal. El TS ha señalado que la prueba directa no es la única que puede abatir la presunción de inocencia, sino que ello podrá realizarse también a través de la aportación de las pruebas indiciarias<sup>230</sup>, de

---

<sup>229</sup> En la STC 136/1999, de 20 de julio, se dispone, respecto de las alegaciones, excusas o coartadas de los acusados, lo siguiente: la versión de los hechos ofrecida por el acusado deberá ser aceptada o rechazada motivadamente por el juzgador. Los contra-indicios no deben servir para considerar al acusado culpable, aunque es cierto que la falsedad o falta de credibilidad de sus explicaciones, junto con los indicios aportados por la parte acusadora, puede dar lugar a corroborar la convicción de culpabilidad. La presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado con respecto a los hechos imputados, pero eso no quiere decir que su coartada deba tenerse por veraz, sino que la carga de la prueba recae sobre el acusado.

<sup>230</sup> El TS en su sentencia N° 812/2016, Recurso 10259/2016 de 28 de octubre de 2016, estableció una clasificación, verdaderamente didáctica y orientativa de los indicios de

las indirectas y, en su caso, también las circunstanciales, no obstante, todas ellas han de cumplir una serie de requerimientos que exponemos brevemente.

En cuanto a su perspectiva formal, será necesario aportar, por una parte, cuáles son los indicios, que éstos a su vez se puedan confirmar enteramente y que valgan de sostén a la deducción realizada, y por otra,

---

menor a mayor intensidad probatoria, que dado su interés, pasamos a exponer a continuación:

- Indicios equiparables: son aquellos que, además de la hipótesis acusatoria, pueden ser reconducibles a otra hipótesis con el mismo grado o parecido de probabilidad. Ejemplo: en la pistola cuyo disparo mató a alguien aparecen huellas de dos personas distintas, por lo que el indicio apunta hacia estas dos personas indistintamente como autoras de la muerte).
- Indicios orientativos o de la probabilidad prevalente: estos indicios conectan con alguna hipótesis alternativa, además de con la acusatoria, pero con un grado de probabilidad superior con respecto a la acusatoria. Ejemplo: en el lugar del homicidio se encuentran casquillos de bala con calibres distintos, lo que implica el uso de armas diferentes. De aquí se extraen la hipótesis de que dos sujetos distintos participaron en los disparos, cada uno usando un arma, o que un sujeto utilizó las dos armas. La explicación más probable parece la primera, sin embargo, la segunda no puede descartarse ya que un solo sujeto podría haber empuñado dos armas para aumentar su eficacia).
- Indicios cualificados o de alta probabilidad: son aquellos indicios que acrecientan enormemente la probabilidad de la hipótesis acusatoria, no tanto por el indicio en sí mismo, sino por la ausencia de alternativas viables, y si los hechos hubieran ocurrido de otra manera, solo el acusado podría formular la correspondiente contra-hipótesis. Ejemplo: en el atraco a un banco aparecen huellas del acusado en el interior de la caja fuerte, sin que éste hubiera mantenido ninguna relación con la entidad bancaria. No aparece a simple vista ninguna hipótesis que excluya su participación en el hecho, más que alguna que pueda aportar el acusado que ofrezca la suficiente verosimilitud.
- Indicios necesarios: Son aquellos que excluyen cualquier posibilidad de hipótesis alternativa a la acusatoria, debido a la aplicación de leyes científicas o constataciones sin excepción. No suelen ser muy frecuentes. Ejemplos: las pruebas de ADN o las huellas dactiloscópicas del acusado.

exponer con claridad el razonamiento que relaciona, de forma directa, al sujeto activo con los hechos acaecidos, siendo esto último imprescindible cuando estemos ante un supuesto de prueba indiciaria, ello a efectos del posible análisis posterior sobre cuál ha sido la racionalidad de la deducción efectuada.

Y, por lo que respecta a la perspectiva material, se requerirá que los indicios estén acreditados, que sean varios -en el supuesto de que sea un indicio único, éste habrá de ser verdaderamente concluyente- y relacionados con los hechos que se pretenden probar y, por último, todos ellos deben tener una vinculación complementaria entre sí.

Resulta obvio que en el Derecho penal los meros indicios no son un elemento suficiente para una posterior condena, puesto que la prueba indiciaria exige, en sí misma, una probabilidad tan elevada que no permita incertidumbre de tipo alguno. La inferencia del indicio debe ser consecuencia de las reglas de la experiencia y la lógica no infundada o arbitraria.

En consecuencia, y siguiendo al TS, será posible relacionar a un sujeto con la comisión de unos hechos, cuando concurren unos determinados requisitos, entre los que destacamos: la existencia de una pluralidad de indicios o hechos-base; que las sospechas estén respaldadas por una prueba directa; que haya conexión entre los hechos y los indicios; que la deducción haya sido realizada con racionalidad -el Código Civil dispone en su artículo 1.253 que cuando se pretenda acreditar algo, habrá de encontrarse un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano-; y, por último, exponiendo el razonamiento que nos condujo a la

deducción, ello a los efectos de rebatir los posibles contra-indicios<sup>231</sup> y combatir los futuros recursos.

Por lo que se refiere a la motivación exigida para toda detención preventiva, es que exista una causa creíble o una sospecha razonable para que pueda practicarse la detención.

En cuanto a lo que habríamos de entender como sospecha razonable, ésta debe estar fundada apoyándose en elementos objetivos, con un doble aspecto; primeramente, han de ser accesibles a terceros (de lo contrario serían incontrolables); y, en segundo lugar, han de ofrecer una base real de que se ha producido o se va a cometer un delito. En esta línea, el Alto Tribunal<sup>232</sup>, volvió a exigir que las sospechas deben fundamentarse en datos reales, constatables y objetivos, susceptibles de ser comprobados.

---

<sup>231</sup> El TS estableció en su sentencia 1281/2006, de 27 de diciembre de 2006, que “los conraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, sí pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido”.

<sup>232</sup> STC 21/2018, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 9, párrafo 6º, “señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 8, que “la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas que, como las creencias, no son sino meramente anímicas, precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

A partir de este doble criterio no cabe sino concluir que la información facilitada al demandante de amparo no superaba dicho canon de enjuiciamiento al no

Resulta oportuno, en este punto, recordar que utilizando términos similares, la LECR<sup>233</sup> exigía "indicios" que constituyesen más que meras sospechas. Pero al tiempo, demandaba algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, es decir, se requerían sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo.

En cuanto a la valoración de las sospechas, observamos que cuando el TC se refiere a la exigencia de datos objetivos<sup>234</sup>, lo hace en el sentido de que dichos datos han de ser accesibles al conocimiento de terceros y constituir una base real de la posible comisión de un delito.

---

proporcionar una base real suficiente de la que pudiera inferirse racionalmente su participación en el delito investigado. Lo expuesto permite concluir que las razones de la detención que fueron puestas de manifiesto al detenido, por insuficientes, no le permitían cuestionar fundadamente su privación de libertad. Si bien la causa de la detención, a la que antes hicimos referencia, está expresamente prevista en la ley (artículo 492.4 LECR), los motivos de detención de los que fue informado el demandante no incluyeron aquellos que justificaban fundadamente la decisión policial, ni aisladamente considerados, eran suficientes por sí mismos para justificarla pues, como hemos dicho, "haber sido interceptado en el lugar de los hechos", salvo la cercanía física, en nada conecta al detenido y sus acompañantes con la participación en la agresión investigada".

<sup>233</sup> Cuando entró en vigor nuestra Constitución, dispuso los requisitos— previstos en el artículo 546- que permitían la entrada, registro, detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica -establecida en el artículo 579-),

<sup>234</sup> Comprobamos que en la STC 21/2018, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 9, párrafo 6º, se encuentra un párrafo similar al utilizado por el propio TC, en su STC 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 8, párrafo 4º, "la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas que, como las creencias, no son sino meramente anímicas, precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

En este orden de cosas, el TEDH, admite como prevención suficiente, frente a la injerencia que implica la privación de libertad personal que ésta podrá producirse cuando "existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave"<sup>235</sup>.

Todo ello, obviamente no aparece reflejado en el artículo 17 CE, pero sí se encuentra dispuesto en el artículo 5.1 c) CEDH. El TEDH ha considerado que el establecimiento de las causas de detención, es responsabilidad de cada legislación nacional. Por consiguiente, el análisis de su concurrencia de requisitos, en cada caso, corresponderá a la autoridad judicial competente en cada supuesto.

No obstante, ello no ha impedido que en algún caso haya valorado y analizado si se ha cumplido lo establecido en el CEDH, y señala el TEDH que "la plausibilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención, constituye un elemento esencial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 CEDH contra las privaciones de libertad arbitraria". Y continúa diciendo que "la existencia de sospechas plausibles, presupone la de hechos o señales capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción"<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> TEDH, Asunto Klass, núm. 51, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, o donde existan "buenas razones" o "fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse. Sentencia del TEDH Asunto Lüdī v. Suiza, núm. 38, de 15 de junio de 1992.

En la misma línea se muestra la doctrina de la Fiscalía General del Estado, según se desprende de su Circular 1/1999, de 29 de diciembre, en la que se mencionan ambas SSTEDH citadas.

<sup>236</sup> TEDH Asunto Fox, Campbell y Hartle, y de 30 de agosto de 1990, serie A, vol., 282.



Por lo que podemos afirmar que la detención preventiva efectuada por funcionarios públicos -agentes de la autoridad, e incluso particulares- habrá de fundamentarse necesariamente en la existencia de indicios acreditados y significativos, apoyados en datos objetivos, con base real y accesibles a terceros, que justifiquen fundadamente la privación de la libertad personal.

#### **4.- Distintas acepciones y situaciones de privación de la libertad personal**

Al abordar este apartado, no pretendemos introducirnos en una discusión doctrinal sobre las distintas acepciones de la pérdida de la libertad personal. Sirvan las referencias ya expresadas, como mera ilustración del hecho de que entre los distintos términos de retención, detención, restricción<sup>237</sup> y privación, subsiste un debate latente y no concluso, difícil de enmarcar en la búsqueda del término más apropiado en cada caso, y de la verdadera definición del concepto jurídico de pérdida de la libertad personal, en las que unas y otras pueden confrontarse o justificarse entre sí.

Ya advierte MÁLAGA DIEGUEZ de la existencia de diferentes situaciones, supuestos y grados cuando señala que “en nuestro ordenamiento jurídico se contempla una variada tipología de detenciones de muy distinto signo”<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> Perfectamente podríamos añadir a ellas los términos de limitación, injerencia, intromisión, etc., entendiendo por nuestra parte que estaríamos utilizando sinónimos o palabras equivalentes para definir lo que sería una privación de libertad de grado mínimo, de baja gravedad, breve, momentánea y que implica una privación de libertad realizada *in situ*, sin que conlleve un traslado del sujeto a dependencia alguna. Lógicamente, siempre y cuando, tal intervención, haya cumplido con los presupuestos exigidos legalmente para su ejecución.

<sup>238</sup> MÁLAGA DIEGUEZ, F.: Detención y retención...op. cit., página 46.

Como ya dijimos, la Constitución Española atribuye a las FCSE<sup>239</sup>, la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca. Es esta última perspectiva, la de asegurar al investigado -detener al presunto sujeto activo del delito, cuando sea necesario, cumpliendo los presupuestos legalmente establecidos<sup>240</sup>-, la que constituye uno de los objetivos del presente estudio<sup>241</sup>.

Dicha valoración del cumplimiento de los requisitos exigidos para la detención, según la Secretaría de Estado de Seguridad<sup>242</sup>, incluirá apreciar si realmente se encuentran entre las circunstancias previstas por la ley: “el agente policial debe llevarla a cabo -la detención- con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal”.

Y en cuanto a la resistencia a la detención, prosigue señalando que “el agente deberá valorar la intensidad y agresividad de la reacción, adecuando el empleo proporcionado de la fuerza. A tal efecto, distinguirá las conductas de simple desobediencia o resistencia leve, de aquellas que alcancen un grado de agresividad que puede tipificarse, cuando menos, como resistencia o desobediencia grave”.

---

<sup>239</sup> Bajo la dependencia funcional de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal

<sup>240</sup> Los agentes de la autoridad, en las detenciones que efectúen dentro del desarrollo y ejercicio de sus funciones, deben realizar una valoración de la oportunidad de la detención, siendo importante en este aspecto hacer referencia a la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCSE, para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

<sup>241</sup> Y más específicamente, la detención ilegal cometida por funcionario público y su posterior enjuiciamiento y aplicación de penas por parte del TS.

<sup>242</sup> Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las FCSE para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

A lo anterior, debemos añadir, la posible incidencia que la desaparición de las faltas en el CP, ha causado en este tipo de situaciones y circunstancias.

Como señalábamos con anterioridad, el TC<sup>243</sup> establecía que “la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura decisión fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”. De la que se desprendía que sólo hay dos posibilidades; libertad personal plena o detención. Esta posición del Alto Tribunal, como es bien sabido, sufrió un cambio notable en cuanto a su enfoque sobre los supuestos intermedios entre la libertad y la privación de ella<sup>244</sup>.

El TC pasó a considerar que existían formas de privación o restricción de la libertad distintas de la detención, y que dichas formas son numerosas y, por ello, las garantías de la libertad personal deben ser diversas. Todas ellas para hacer frente a la detención ilegal<sup>245</sup>.

Según sostiene el Alto Tribunal, son supuestos típicos de privación de libertad: las medidas que conllevan la reclusión de una persona, la detención preventiva, la prisión impuesta provisionalmente o en virtud de una condena, el internamiento de enfermos mentales y el arresto domiciliario. En todos ellos, no existen dudas acerca de qué derechos le corresponden al privado de libertad personal. Constituyendo todos ellos supuestos legales de detención

---

<sup>243</sup> STC 98/86, de 10 de julio.

<sup>244</sup> Ello como consecuencia de la STC 341/93, que abordó la constitucionalidad del artículo 20 de la derogada LOPSC 1/992.

<sup>245</sup> Entre ellas podemos citar: el principio de legalidad, el procedimiento de *habeas corpus*, los tipos delictivos del CP, las sanciones administrativas, e incluso las reclamaciones civiles.

No obstante, el problema surge, en un amplio catálogo de casos en los que los sujetos que en ellos se ven inmersos, sufren una privación de libertad personal que no puede calificarse de detención. ¿De qué garantías disponen en estas situaciones? Y es que, como acertadamente ha manifestado el Alto Tribunal, “una recta identificación del concepto de privación de libertad que figura en el artículo 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia aplicación del íntegro sistema de garantías que disponen el referido artículo de la norma fundamental”<sup>246</sup>.

Asimismo, existen supuestos de limitación de libertad personal distintos a la detención preventiva entre ellos, los casos de restricción – meras injerencias en la libertad personal previstas por la Ley-, como, por ejemplo, los controles de alcoholemia o los denominados “cacheos policiales”, entre otros. Estas situaciones difusas se encuentran abocadas a un análisis casuístico, si bien la jurisprudencia ha ido definiendo sus contornos.

En este sentido, el TEDH<sup>247</sup> ha manifestado taxativamente que “la privación de libertad personal puede adoptar diferentes formas. Su variedad, además, crece con la evolución de las normas jurídicas y las actitudes”.

---

<sup>246</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 4.

<sup>247</sup> STEDH Asunto Guzzardi v. Italia, Sentencia 7367/76 de 6 noviembre de 1980, serie A, nº 39.

## 5.- Distinción entre las diferentes formas de pérdida de la libertad personal

A modo de introducción, podemos apuntar que una vez que el derecho a la libertad personal ha sido dispuesto y reconocido por los ordenamientos jurídicos, en éstos aparecen, además de la detención -preventiva-, una serie de supuestos<sup>248</sup> de pérdida de libertad personal en los que las autoridades y los particulares, bajo la cobertura de diversas normas jurídicas, conminan a una persona a efectuar algo que ésta no desea, o les imponen la realización de algo que no desearían, ello sin que se produzca la detención como tal, en el sentido más propio del término.

Los supuestos de privación de libertad no suelen establecerse en las Constituciones. Lo habitual es que se regule el principio general y la reserva de ley<sup>249</sup> para poder establecer los supuestos de privación de libertad. Por lo que son el CP y la LECR los que disponen los diferentes supuestos de privación de la misma por la comisión de los tipos penales. Esta es la situación que aparece en algunos de los países que forman la UE: Francia, Alemania, Italia, Bélgica y España, entre otros.

---

<sup>248</sup> Señala GARCÍA MORILLO que "...las formas de privación o restricción de la libertad son mucho más numerosas que el arresto o la detención. Ésta (la detención) es sólo una de las posibles privaciones de libertad, caracterizada, ciertamente, por unas muy concretas notas que la singularizan: tiene su origen en un delito o contravención; implica el encierro en lugar seguro de la persona detenida, y en su caso, culmina en un proceso penal". GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura... op. cit., página 43.

<sup>249</sup> Como es sabido, el artículo 17.1 CE dispone que nadie puede ser privado de su libertad personal, salvo en los casos y en la forma previstos en la ley. Al respecto, afirma SCHMIDT que "el deber de tolerar la privación de libertad supone que la detención es un deber correlativo al derecho de autoridad, fundado en el derecho constitucional de poder privar de la libertad en forma limitada -bajo determinados presupuestos procesales- "; aseveración que nos lleva a dirigir nuestra atención hacia la reserva de ley orgánica. SCHMIDT, E.: Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, editorial Lerner, Córdoba, 2006, página 52.

GARCÍA MORILLO por su parte<sup>250</sup>, siguiendo la postura que el TC mantuvo con su sentencia 341/1993, defiende que “no existen espacios intermedios entre la libertad y detención si se entiende como detención, tautológicamente, cualquier situación en la que no se goza plenamente de libertad. Pero sí existen, al margen de la detención y además de ella, otros supuestos de privación o restricción de libertad personal admisibles, siempre que se cumplan los requisitos constitucionalmente exigidos”<sup>251</sup>.

Con gran acierto denomina FREIXES SANJUAN a las situaciones fácticas intermedias entre la detención y la libertad, “zonas de penumbra”<sup>252</sup>. Apunta GARCÍA MORILLO en este mismo sentido, que “hay una gran variedad de situaciones fácticas de privación o restricción de libertad distintas de la detención”<sup>253</sup>.

BANACLOCHE PALAO profundiza en esta cuestión, poniendo de manifiesto que “tradicionalmente, se han denominado privaciones de libertad a los casos que limitan la libertad personal”<sup>254</sup>, y ese término

---

<sup>250</sup> Siguiendo la postura que el TC mantuvo con su sentencia 341/1993.

<sup>251</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 76.

<sup>252</sup> Señala que “sin embargo, se han venido introduciendo zonas de penumbra entre libertad y privación de libertad, tanto a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (arresto domiciliario para quebrados o controles policiales de alcoholemia) como a partir del desarrollo legislativo (el requerimiento que pueden efectuar los agentes de la autoridad para que aquellas personas que no hayan podido ser identificadas en un primer momento les acompañen a dependencias próximas para poder realizar las diligencias de identificación, que se permite en la Ley para la protección de la seguridad ciudadana). En estos supuestos, nos encontramos ante un límite al ejercicio del derecho a la libertad personal que es necesario analizar para determinar si se está o no ante un supuesto de privación de libertad”. FREIXES SANJUAN, M. T.: Reflexiones sobre la interpretación jurisprudencial...op. cit., página 92.

<sup>253</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional...op. cit., página 80.

<sup>254</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 59.

también lo ha usado el artículo 17 CE, que habla de que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma prevista en la ley”.

Sin embargo, tales privaciones de libertad implican una limitación plena de la libertad personal, una ablación absoluta de ella. Además, son teóricamente admisibles otro tipo de limitaciones de la misma, que tienen un carácter más leve o menos intenso –más benignas para la libertad- que podríamos denominar “restricciones de libertad”.

En definitiva y en un sentido amplio, señalamos que estaremos ante un supuesto de privación de libertad, cuando de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita.

A este respecto, el TC en su sentencia 178/85, indicó que no existen zonas intermedias entre la libertad y la detención (postura que, como sabemos, abandonó), pero añadía:

“ni se agotan en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, como resulta de una lectura del precepto y de interpretación a la luz de los textos internacionales (artículo 5 CEDH) ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad. La restricción de libertad es un concepto genérico, del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como recuerda el citado artículo 5 CEDH, al establecer los supuestos en los que el derecho a la libertad se limita, y al enumerar otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad... sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de la libertad es posible (principio de reserva de ley). Reserva de ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad”<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> STC 178/85, de 19 de diciembre. Fundamento Jurídico 3.

Por lo que se refiere a la privación de libertad, el TC incide en la distinción de la que advertíamos en páginas precedentes, y diferencia entre dos tipos: por un lado, la retención *in situ*, supeditada, en ocasiones, a las labores administrativas de preservación de la seguridad ciudadana, que no conforma una verdadera privación de libertad<sup>256</sup>, y por lo tanto, a la que no es aplicable lo dispuesto en el 17.3 CE, y por otro lado, la “detención preventiva”, que está determinada por la presunta comisión de un hecho punible y a la que se refiere el artículo 17.3 y 4 CE.

En esta línea argumental, ya hemos visto que el TC dijo en su sentencia 98/86 que será detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto-determinar su persona<sup>257</sup>. Aunque como quedó patente con la sentencia 341/1993, el TC superó dicha doctrina, estableciendo el reconocimiento a supuestos intermedios entre la libertad personal y la detención, como acabamos de ver.

Por ello, el TC sostiene que la detención no debe ser entendida como una situación procesal, sino como una situación de hecho, declarando

---

<sup>256</sup> En cuanto a la privación de la libertad personal, veíamos con anterioridad que el TC, en su sentencia 98/86 de 10 de julio. Fundamento Jurídico 4, señala que “una recta identificación del concepto de “privación de libertad”, que figura en el artículo 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma Fundamental. Y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean”.

<sup>257</sup> STC 98/86 de 10 de julio. Fundamento Jurídico 4. “debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto-determinar, 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, (...) y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”.



expresamente que no existen “situaciones intermedias” entre detención y libertad, y es en esta frase donde, en nuestra opinión, se encuentra la verdadera trascendencia de dicha sentencia.

El TC señaló que no era posible “equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 CE, en sus diversos apartados con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia”<sup>258</sup>.

En la sentencia 22/88, el TC trató de evitar su propia doctrina, fijada con anterioridad, señalando que el traslado a sede policial, para la realización una prueba de detección de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o cacheos y registros, deben ser considerados como un “sometimiento no ilegítimo a normas de policía”. Con ello, a nuestro juicio, constituye una calificación forzada, dado que en realidad son supuestos que podemos considerar como “situaciones intermedias” (aunque legales), en palabras del propio TC.

En efecto, ya sabemos que años más tarde, el TC afirmó en su sentencia 341/1993 que “la medida de identificación en dependencias policiales supone (...) una privación de libertad”, con lo que admitió que existen privaciones de libertad distintas de la “detención”.

En esta sentencia, el TC considera que la retención subsiguiente a la identificación del sujeto, constituye una privación de libertad, calificándolo literalmente de “modalidad de privación de libertad”. Sin embargo, el propio TC considera que la conducción a dependencias policiales, para la realización de un “control de alcoholemia”, no lo es, según declara en el Fundamento Jurídico 4, de esa misma sentencia.

---

<sup>258</sup> STC 22/88, de 18 de febrero, Fundamento Jurídico 1.

En otras palabras, para el TC, una privación de libertad no será necesariamente una detención, si cumple los requisitos legales establecidos. A lo que, por nuestra parte, añadimos una obviedad, una detención será siempre una privación de libertad legal si cumple los presupuestos legalmente exigidos.

En consecuencia, podemos afirmar que, de la evolución de la doctrina jurisprudencial del TC, se deduce la evidente necesidad de efectuar la identificación de las personas, la práctica de los controles de alcoholemia, los cacheos, o los supuestos similares, (y ante la imposibilidad de que se apliquen las garantías establecidas para la detención), se decide no calificarlas como detenciones. Siendo, por tanto, meras restricciones de libertad o privaciones –según su duración, gravedad, con desplazamiento, etc.-, dispuestas y previstas por Ley, con sus requisitos y límites legalmente establecidos que, de ser vulnerados, se transformarían en una detención ilegal.

Ya hemos visto que el TC diferencia entre el concepto de privación de libertad personal y el de detención. Resulta evidente que todo sujeto privado de libertad, ha de haber sido aprehendido materialmente, de modo que se impida su libre autodeterminación. La detención entendida como situación material de inmovilización siempre existe, pero sólo será relevante en el aspecto constitucional cuando esté vinculada a una posible implicación penal del detenido<sup>259</sup>.

En consecuencia, vemos que entre “restricción” y “privación” sólo hay una diferencia de grado o intensidad, y no de naturaleza o esencia. El TEDH ha insistido en este sentido, apuntando que la diferencia entre privación o restricción representa una distinción en cada caso particular.

---

<sup>259</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 60.

Es decir, independientemente de que se trate de privación o de restricción, en todos los supuestos serán aplicables las garantías del artículo 17.1 CE y del artículo 5.1 CEDH, y la aplicación de dichas garantías tendrá las siguientes consecuencias: la privación o restricción sólo será posible en los casos expresamente establecidos; los supuestos deberán estar regulados y establecidos por una ley orgánica, en cumplimiento de lo impuesto por el artículo 17 CE; el motivo de la restricción o de la privación habrá de estar legalmente tipificado; será obligatorio el respeto al principio de proporcionalidad<sup>260</sup> entre el perjuicio que se causa a la libertad personal del sujeto y la finalidad que se trata de conseguir con dicha privación y por último, la finalidad habrá de ser constitucionalmente admisible<sup>261</sup>.

Por lo que respecta a la restricción de libertad personal, el TEDH la califica como aquella limitación, de carácter leve o poco intenso, que se practica con objeto de llevar a cabo determinadas averiguaciones, vinculadas a la función preventivo-policial y de mantenimiento de la seguridad ciudadana. El TEDH<sup>262</sup> consideró que para diferenciar entre una

---

<sup>260</sup> El TC ha subrayado que la Ley no podría configurar supuestos de privación de libertad personal que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que, por su grado de indeterminación, crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva, y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. STC 341/1993 de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 5, en relación con los supuestos de “identificación en dependencias policiales”.

Lo que, en nuestra opinión, comporta que para la aplicación de cualquier medida que pueda significar la privación de libertad personal de un ciudadano, será imprescindible que desde un principio exista proporcionalidad, y ésta sea verificada.

<sup>261</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 95

<sup>262</sup> En este sentido, se ha manifestado el TEDH en las sentencias:

- Asunto Guzzardi contra Italia, de 6 de noviembre de 1980.
- Asunto Engel contra Holanda, de 8 de junio de 1976 (derecho a la libertad y la seguridad de los miembros de las fuerzas armadas.;
- Asunto Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, violación por el Gobierno británico de los artículos 3 (prohibición de torturas) y artículo 5 (derecho

privación y una restricción, han de tenerse en cuenta la naturaleza, la duración, los efectos y modos de ejecución de la medida que se haya adoptado.

La principal diferencia de esta figura jurídica con otras similares, es su finalidad y su intensidad. En la restricción, la libertad personal debe haber sido perturbada con una intensidad muy leve, de lo contrario, estaremos ante una privación de libertad si se produjese un traslado obligado o forzoso a otro lugar distinto del que se encuentra.

De manera expresa, el CEDH establece una lista de los supuestos que son admisibles como privación de libertad personal <sup>263</sup>. Como consecuencia de que dicho Convenio forma parte del ordenamiento jurídico español, será oportuno tenerlo en cuenta, dado que, si se estableciesen supuestos de privación de libertad que no se circunscribiesen a lo regulado en el artículo 5 CEDH, serían susceptibles de ser denunciados ante el TEDH, por excederse de los supuestos establecidos en dicho Convenio.

En este sentido debemos apuntar que el propio TEDH no considera que la práctica de la identificación, pueda ser considerada como una privación de libertad<sup>264</sup>.

El TEDH considera que las restricciones a la libertad se encuentran admitidas por el artículo 2.3 del Protocolo adicional N° 4 CEDH<sup>265</sup>, el cual

---

a la libertad y seguridad), ambos preceptos del CEDH, a casusa de las medidas de excepción tomadas en el Ulster; entre otras.

<sup>263</sup> Ibídem.

<sup>264</sup> TEDH Asunto Guzzardi v. Italia, de 6 de noviembre de 1980.

<sup>265</sup> Artículo 2.3. del Protocolo adicional N° 4 del CEDH. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la

permite las limitaciones a la libertad de circulación de las persona, es decir, no como consecuencia de lo regulado en el artículo 5 CEDH. Por lo que identificar a la persona sería una de ellas.

En palabras de BANACLOCHE PALAO, son las actuaciones que las autoridades policiales realizan habitualmente con la finalidad de cumplir con su misión preventiva de la criminalidad y protectora de los derechos y libertades de las persona, y que consiste, entre otros aspectos, en la adopción de medidas que suponen una limitación mínima de la libertad de los ciudadanos afectados por ellas<sup>266</sup>.

La restricción realizada por las FCSE, y utilizada para la conservación del orden público interno ha sido definida por GARRIDO FALLA como “aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos”<sup>267</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a que sería, no solo oportuno, sino imprescindible que el legislador establezca a través de la necesaria ley orgánica, los supuestos y circunstancias en que la restricción de la libertad

---

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

<sup>266</sup> Este autor también se ocupa de los supuestos en el ámbito militar, afirmando que las privaciones de libertad, derivadas de la imposición de una medida disciplinaria militar, son perfectamente admisibles en nuestro marco constitucional, pero deben respetar las garantías que la propia CE exige para todo caso de privación de libertad, que no son otras que las que correspondan de las contenidas en el artículo 17.2 y 3 CE, y en todo caso, de la establecida en el apartado 4º de dicho precepto constitucional. BANACLOCHE PALAO BANACLOCHE PALAO, J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 175 y 148, respectivamente.

<sup>267</sup> GARRIDO FALLA, F.: Comentarios a la Constitución, editorial Civitas, Madrid, 1980, página 126.

personal, será protegida con las garantías que sean procedentes y oportunas.

En relación con ello, a juicio de FREIXES SANJUÁN las retenciones<sup>268</sup> “al incidir negativamente en la esfera personal de autonomía física, constituyen auténticas privaciones de libertad (...) y deben, consiguientemente, gozar de todas las garantías propias del derecho a la libertad personal”<sup>269</sup>.

Partiendo de las consideraciones que realizamos con anterioridad, respecto de la detención preventiva, vemos conveniente incidir en la distinción entre ésta y la retención con traslado (como privación de libertad), recordando la dificultad a la hora de definir los espacios existentes entre ambas figuras jurídicas.

En un sentido amplio, podríamos convenir en que habrá retención cuando a una persona se le traslada y priva momentáneamente de su libertad personal para la realización de unas diligencias –previamente definidas- en locales oficiales, y nos encontraremos ante una detención, cuando a la persona se le priva de la libertad como consecuencia de la supuesta comisión de un ilícito. Serán, una u otra, en función del objetivo con el que se practicaron, y por supuesto, el modo en que se llevaron a cabo. A este respecto, advierte BANACLOCHE PALAO que “cuando hablamos de la retención, nos referimos a la situación material de la imposibilidad de determinar libremente su movimiento, a que se ve

---

<sup>268</sup> No obstante, por nuestra parte, como ya hemos señalado, al hilo de lo declarado por este autor, distinguimos en cuanto a su gravedad, entre las retenciones con traslado y las que se producen *in situ*, calificando a las primeras como verdaderas privaciones de libertad y a las segundas como injerencias.

<sup>269</sup> FREIXES SANJUÁN, M. T.: Reflexiones sobre la interpretación... op. cit., página 96.

sometido un sujeto, durante el tiempo que dura una medida restrictiva de libertad, que se está desarrollado en relación a su persona”<sup>270</sup>.

Sobre lo anterior, el TC ha señalado<sup>271</sup> la distinción entre dos tipos de privación de libertad: por una parte, la retención con traslado, se trata de una privación estrictamente material, relacionada con las labores administrativas de preservación de la seguridad ciudadana –realización de una prueba tendente a determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos a motor-, que no constituye una detención y, por lo tanto, a la que no es aplicable lo establecido en el 17.3 CE.

Y, por la otra, la detención preventiva, es decir, según el TC “sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado –test de alcoholemia- puede hablarse, en rigor de detención, porque sólo entonces hubo indicios de la posible consumación”<sup>272</sup> del tipo penal.

Una vez más, observamos que las expresiones retención -privación de libertad con traslado (análisis, test, identificación)-, y lo que el Alto Tribunal denomina “detención estrictamente material”, vienen a ser equivalentes. Sin embargo, no compartimos el uso que el TC hace de dicho término. Utilizar “detención estrictamente material” como sinónimo de retención con traslado a dependencias oficiales, crea confusión y perjudica más que beneficia en el uso de unos términos que, necesariamente, han de ser exactos, certeros y descriptivos.

Tratando de ser tajantes con esto último, insistimos en que la retención con traslado no es una detención preventiva –a los efectos del

---

<sup>270</sup> BANACLOCHE PALAO J.: El derecho a la libertad... op. cit., página 143.

<sup>271</sup> STC 107/1985, de 7 de octubre.

<sup>272</sup> STC 107/1985, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 3, último párrafo.

artículo 17.3 CE-. Aunque, si una privación de libertad respecto del 17.1 CE.

La importancia de la adecuada valoración de esta interrogante es que, la correcta distinción entre una figura y otra, no constituye un mero ejercicio teórico, sino que conlleva importantes consecuencias de índole práctico.

En este punto, RIVERO SANTANA define la detención preventiva, señalando que, “constituye una privación, más o menos prolongada, del derecho a la libertad ambulatoria de la persona que la sufre. Sin embargo, la retención comportaría únicamente una inmovilización provisionalísima, que sólo se mantendría durante el tiempo imprescindible para realizar unas determinadas diligencias”.

Y continúa añadiendo que “mientras que en la retención únicamente se exige la existencia de cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad, en la detención se exigen premisas de mayor calado, y aparece, además, de una serie de garantías constitucionales y legales, de obligatorio cumplimiento, entre las que ocupa un lugar preeminente la necesidad de asistencia letrada”<sup>273</sup>.

Al respecto, debemos recordar lo ya dicho sobre el giro en la doctrina del TC. Ya hemos visto que en la STC 98/1986 no se admitía la figura de la retención, entendida como el mantenimiento de una persona en dependencias policiales contra su voluntad y sin dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 CE y 520 LECR. Y que, sin embargo, el TC tras la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, admitió la legitimidad de que por ley se establezcan privaciones de libertad, a las que no se aplicarán todas las garantías previstas por el artículo 17 CE.

---

<sup>273</sup> RIVERO SANTANA, V.: Los derechos del detenido... op. cit., páginas 54 y 55.



Igualmente, conviene resaltar las conclusiones obtenidas por REBATO PEÑO. Para esta autora “si utilizamos un sentido estricto, podemos tomar en consideración que la detención es aquella medida adoptada por las FCSE, por los particulares y por el Ministerio Fiscal, bajo el mandato de la autoridad judicial, consistente en la privación de libertad del sujeto como consecuencia de su vinculación de un hecho delictivo. Mientras que, en un sentido amplio, detención es cualquier tipo de retención que supere el tiempo marcado como límite de ésta y que suponga un perjuicio en la libertad ambulatoria del sujeto, realizada por cualquier otra persona, como consecuencia de una acción supuestamente ilícita y flagrante del sujeto detenido”<sup>274</sup>.

En suma, de este último significado de retención, resultaría un concepto que englobaría distintas acepciones, entre ellas: las meras injerencias en la libertad personal, es decir: la retención simple –una breve restricción, por ejemplo, la identificación *in situ*-, y la retención policial, es decir, con traslado a dependencias policiales –una privación de libertad personal permitida por la ley, y que en modo alguno ha de ser considerada como detención-.

## **6.- Clases de detención**

Ya hemos visto en apartados anteriores que la detención posee diversas acepciones y sentidos. A lo largo de las páginas precedentes hemos podido poner de manifiesto la complejidad que supone concretar un único concepto de detención.

Por lo que, en línea de la opinión doctrinal mayoritaria, entendemos la detención preventiva, como aquella llevada a cabo por las FCSE e incluso

---

<sup>274</sup> REBATO PEÑO, M. E.: La detención desde la constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, página 69

por los particulares, ello sin el respaldo que proporciona una orden del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial. como consecuencia de su relación con la posible comisión de un ilícito penal -delito-<sup>275</sup>.

Veamos, por tanto, los distintos supuestos y clases de detención, en atención a los sujetos, causas y distintas circunstancias en que puede producirse.

### **6.1.- Detención policial.**

En el artículo 492 LECR, se dispone, en su apartado primero, que tanto la autoridad o sus agentes, tendrán la obligación de proceder a la detención de todo sujeto que se encuentre encuadrado en alguno de los casos establecidos en el artículo 490 LECR, -delito flagrante, fuga y situación legal de rebeldía-. Es decir, en los mismos supuestos en que el particular puede detener. Por lo tanto, las FCSE tienen la obligatoriedad de llevar a cabo la detención; no se trataría de una posibilidad, sino de una exigencia. En los apartados, dos al cuatro del artículo 492 LECR, se advierten dos casos diferenciados, por una parte, la lógica detención por delito y, por otra, la de sujetos procesados.

En el apartado segundo se establece la detención como consecuencia de la comisión de un delito que tenga prevista en el CP una pena superior a la de prisión correccional.

---

<sup>275</sup> STS, de 16 de 1993, Fundamento Jurídico 2, en la que considera que la detención “es una medida cautelar realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada básicamente a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*”. Por lo que podemos señalar que no es detención toda injerencia en la libertad ambulatoria de la persona, sino que podrá restringir dicha libertad en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias, lo que se convertirá en restricciones o privaciones de libertad, pero no en detenciones.

En los apartados tercero y cuarto se dispone, la detención cuando existan antecedentes que indiquen la posibilidad de falta de personación del sujeto activo ante la autoridad judicial, salvo que se hubiese prestado fianza suficiente por su parte, y por último, aún en el caso de que el sujeto no estuviese procesado, la autoridad judicial o sus agentes podrán detener cuando se encuentren ante la presencia de “motivos bastantes para creer en la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito” y que la persona a quién se trate de detener, participó en el ilícito penal<sup>276</sup>.

En el cuarto apartado, se concretan el riesgo de fuga y la presunción de que el sujeto en cuestión no comparezca ante el juzgado o tribunal correspondiente. Por lo que para su valoración debemos tener presentes la gravedad del tipo penal cometido<sup>277</sup>. Sin embargo, no es ésta la única circunstancia a valorar, sino que tendremos en cuenta un conjunto de criterios, sobre diferentes ámbitos: económico, social, familiar y residencial<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Insistimos en la idea de que, en el ordenamiento jurídico español, no es posible detener basándose en meras sospechas. Los “motivos bastantes” serán toda aquella circunstancia objetivable que de forma racional nos lleve a deducir que estamos en presencia de la comisión de un delito y de su sujeto activo, no se exige una percepción sensorial directa, sino que se llega a tal conclusión gracias a circunstancias objetivas. Es decir, las meras sospechas no son suficientes para la detención.

En palabras de GARCÍA MORILLO la razonabilidad de la causa de la detención, es el fundamento garantista de la libertad frente a la detención. GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad personal, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, página 136.

En este mismo sentido, se pronuncia el TEDH, el cual exige “razones plausibles de la detención”, en el Asunto Fox, Campbell y otros v. Reino Unido, Sentencia 12244/86, de 30 de agosto de 1990.

<sup>277</sup> Es evidente que cuanto mayor sea la gravedad, más elevada será la pena establecida.

<sup>278</sup> En esta línea se pronunció el TS en su sentencia de 15 de octubre de 1990 Fundamento Jurídico 6. Lógicamente, en la estimación de las posibilidades de no comparecer ante la autoridad judicial, habrá una ascendencia de la gravedad del delito sobre las circunstancias subjetivas que se conozcan del actor delictivo.

Por consiguiente, estamos ante la detención policial por la posible comisión de un delito, lo cual no impide que con posterioridad se determine su libertad, incluso sin que se haya personado ante la autoridad judicial. Entendemos que en el apartado cuarto del artículo 492 LECR, se encuentra incluida la detención por cualquier delito en general, y no tan solo de unos determinados y concretos delitos.

En suma, se trata de la detención por presunto delito<sup>279</sup> -artículo 492.2 LECR-. En este mismo sentido se han pronunciado HERRERO HERRERO y PORTILLA CONTRERAS.

Veamos a continuación cómo afecta a las FCSE la remisión que hace el punto primero del artículo 490 LECR, y desarrollaremos dichas circunstancias.

Así pues, dicho precepto enumera una serie de supuestos, en siete puntos distintos, tal lista es susceptible de resumirse en tres casos concretos, sin que por ello se desprecie algunos de los supuestos establecidos en la norma. Nos referimos primeramente al delito flagrante, a continuación, al caso de fuga y, por último, a la rebeldía.

En primer lugar, nos encontramos con el delito flagrante, el cual absorbe los dos primeros apartados del referido artículo 490 LECR. No dispone el ordenamiento jurídico de un precepto que defina el concepto de flagrancia, por lo que las jurisprudencias del TS y TC han ido conformando la definición jurídica de tal figura, así como el establecimiento de los presupuestos necesarios para considerar su presencia.

---

<sup>279</sup> En este mismo sentido se han manifestado HERRERO HERRERO, C.: La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, página 31; y PORTILLA CONTRERAS, J.: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Edersa, Madrid, 1990, página 236.

Recordemos que, etimológicamente, el término flagrante proviene del latín, teniendo la significación de quemar o arder, es decir, se refiere a aquello que está ardiendo.

Para su aparición, se requieren los presupuestos de inmediatez personal y necesidad urgente.

Consistiendo el primero de ellos en que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en situación tal que muestre su relación con el objeto o con los instrumentos del delito, y que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; inmediatez temporal, es decir, que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

Y necesidad urgente, de modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente<sup>280</sup>.

Por su parte, el Alto Tribunal, en su sentencia 341/1993, añadió a los anteriores presupuestos una nueva exigencia, la “percepción sensorial”, es decir, la apreciación directa del delito, exigencia que recogió con posterioridad el TS<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Así lo dispone el TS en su sentencia de 29 de marzo de 1990, Fundamento Jurídico 6, en relación con sus efectos a tenor de lo establecido en la CE y la LECR.

<sup>281</sup> En la STS, de 10 de septiembre de 2001, se añadió a las exigencias de: inmediatez (que se esté produciendo o se acabe de realizar la acción del acto delictivo); inmediatez personal (que entre el delincuente y el objeto del delito exista una relación directa); percepción directa de la comisión del delito (no una presunción o deducción

Dicha apreciación sensorial directa, debe ser considerada un requisito fundamental en el concepto de flagrancia<sup>282</sup>. Ahora bien, la reclamación de esta exigencia es suavizada por el propio TC<sup>283</sup>, cuando, unos años más tarde, consideró que la reclamación de existencia de una percepción directa es equiparable con el “conocimiento evidente”<sup>284</sup>.

Retomando el requisito de la inmediatez, pero en el ámbito personal, la jurisprudencia exige la presencia del sujeto en el lugar de los hechos, en sus alrededores, pero en este caso, es necesario que se le pueda relacionar con elementos, utensilios, instrumentos u objetos del delito cometido. En el supuesto de que el sujeto detenido se hallase alejado del lugar de los hechos, es imprescindible que, durante la persecución y posterior detención, no se haya producido una pérdida de contacto visual entre la persona que le persigue y el posterior detenido.

Respecto de la inmediatez temporal, se requiere que su ejecución se realice de manera inminente, antes de que llegue a producirse el hecho delictivo, sin que ello permita confundir dicha inmediatez con la realización de actos preparatorios que son impunes. No hay duda alguna en cuanto al

---

del ilícito) y, por último, urgencia de la intervención (en aras de evitar la consumación del delito).

<sup>282</sup> Al respecto, se ha manifestado en TS en diversas sentencias, entre las que destacaremos la STS de 29 de marzo de 1990 Fundamento Jurídico 5 y STS de 14 de junio de 1999 Fundamento Jurídico 2.

<sup>283</sup> STC 94/1996, de 28 de mayo.

<sup>284</sup> *Ibíd*em, Fundamento Jurídico 5.

REBATO PEÑO se posiciona expresando su disconformidad sobre la identidad que hace el TC con ambos conceptos. REBATO PEÑO, M. E.: La detención desde la Constitución... op. cit., página 75.

momento en que se esté produciendo el ilícito o se acabe de producir, debiendo tratarse de un lapso de tiempo breve<sup>285</sup>.

Por último, y en línea con lo anterior, añadiremos que una parte de la jurisprudencia ha sumado a la necesidad urgente de la intervención, el principio de proporcionalidad<sup>286</sup> en la actuación<sup>287</sup>. A lo que agregamos que habría de ser siempre desde una interpretación restrictiva.

Al respecto, se ha pronunciado el TS al decir que en la decisión y práctica de la detención “la proporcionalidad se constituye en el eje definidor de lo permisible, de ahí que haya de estarse a los hechos concretos acaecidos. Es necesario guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona”<sup>288</sup>.

En definitiva, existen dos requisitos: intermediación personal y temporal; y urgente necesidad, a los que el TC suma la apreciación sensorial directa. Y, a todo ello, habría de añadirse un último presupuesto, que consistiría en

---

<sup>285</sup> En esta línea se manifiesta DE HOYOS SANCHO, M.: La detención policial... op. cit., página 87.

<sup>286</sup> El TEDH también ha significado un actor importante en la configuración presente del principio de proporcionalidad. En el mismo sentido se declaran las resoluciones siguientes:

- STEDH Asunto Neumeister v. Austria, Sentencia 1936/63, de 27 de junio de 1968;
- STEDH Asunto Golder v. Reino Unido, Sentencia 4451/70, de 21 de febrero de 1975;
- STEDH Asunto Handyside v. The United Kindom, Sentencia 5493/72, de 7 diciembre de 1976, entre otras.

<sup>287</sup> Entre otros DE HOYOS SANCHO, M.: La detención por delito, Monografías, editorial Aranzadi, Madrid, 1998, página 95.

<sup>288</sup> STS 879/1993, de 15 de abril, Fundamento Jurídico 5.

el principio de proporcionalidad en la actuación, siendo ésta una postura que mantiene una parte de la doctrina<sup>289</sup>.

Vista la flagrancia del delito, veamos a continuación el segundo supuesto previsto en el artículo 490 LECR, que se centra en la fuga. Ésta se puede producir como consecuencia de diferentes supuestos previos; el artículo 490 LECR, los apunta en sus párrafos tercero a quinto, haciendo mención a la fuga producida del establecimiento penitenciario en el que se hallase cumpliendo la pena impuesta; del lugar o dependencias en la que permanece a la espera de ser conducido al establecimiento penal correspondiente; y por último, durante el traslado a cualquiera de los lugares mencionados- añadiendo el apartado sexto en el que se apunta al sujeto que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

Existe una parte de la doctrina que considera que los supuestos mencionados anteriormente podrían resumirse en la tipificación del delito de quebrantamiento de condena de los artículos 468 y 469 CP<sup>290</sup> y su

---

<sup>289</sup> Es oportuno destacar a DE HOYOS SANCHO, M.: La detención por delito... op. cit., página 146.

<sup>290</sup> Artículo 468. CP. 1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada. 3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses. Artículo 469 CP. Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las



relación con la comisión flagrante de dicho delito. Sin embargo, aunque se cumplieren los requisitos exigidos para flagrancia del delito, entendemos que se trata de supuestos distintos, como consecuencia de que se parte de situaciones personales y procesales diferentes; a los que añadimos que también se estaría forzando el tipo de delito.

A este respecto, el TS<sup>291</sup> añadió que la fuga del lugar del delito, por parte del sujeto activo, o su negativa a entregarse, no deben ser consideradas como un delito de desobediencia a la autoridad del 556 CP<sup>292</sup>, puesto que interpreta el TS que la desobediencia -que de *facto* se produce- ha de ser considerada como el proceder propio de quien no tiene la obligación de permitir su detención. Entiende el TS que el ansia de libertad es inherente a la condición y naturaleza humana, considerando que dichas reacciones y negativas de sometimiento a los requerimientos de obediencia en la detención, no conducen a la comisión del delito de desobediencia, por lo que ésta queda subsumida en el delito previamente cometido.

Finalmente, todo condenado o procesado que se encuentre en la situación procesal de rebeldía, será también susceptible de ser detenido por todo particular, aunque debemos hacer una puntualización en estrictos términos jurídicos en cuanto al aspecto habilitante de dicha posibilidad de

---

cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

<sup>291</sup> En su sentencia de 28 de enero de 1982,

<sup>292</sup> Artículo 556 CP. 1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

detención, puesto que no es la declaración de rebeldía decretada por el órgano judicial competente, sino que es la requisitoria judicial previamente declarada en la que se ordena su llamamiento, búsqueda y captura según el artículo 836 LECR, la que habilita la procedencia de dicha detención. Resulta evidente la dificultad que entraña, para cualquier particular, conocer con la certeza necesaria, la existencia de la requisitoria legalmente exigida.

Sobre el concepto de sujeto procesado -artículo 490.2 y 3 LECR-, debemos realizar una observación al respecto de la acepción con que la ley se refiere él. Nos cuestionamos si debería ser considerado como procesado únicamente aquel sujeto sobre el que se hubiese dictado un auto de procesamiento, o habría de incluir en dicha figura, también al investigado -anteriormente denominado imputado-. Ante ello, nos inclinamos por la segunda opción, dado que, en el primer supuesto, la cantidad de procedimientos en los que se decreta dicho auto es mucho más reducido, y limitaría sobremanera la actuación de los propios miembros de las FCSE y de la propia autoridad judicial. Entendemos que es aconsejable aplicar un concepto más extenso de la expresión “procesado”, en el que debemos incluir al investigado.

Concluiremos, por tanto, interpretando en sentido amplio los citados apartados segundo y tercero del artículo 490 LECR, facilitando con ello sustento legal a la detención, tanto del sujeto que haya cometido delito, con pena superior a la de seis meses a tres años, como del sujeto que, aun siendo procesado por una pena menor a la señalada *ut supra*, si se presupone que existen indicios suficientes para considerar que no comparecerá ante el órgano judicial competente.

## **6.2.- Realizada por particulares**

Mencionado todo lo anterior, ésta representa una facultad o una posibilidad, siempre que concurren unos concretos supuestos de comisión

inmediata de un delito, o de fuga de detenidos, presos, condenados, o personas imputadas, acusadas o condenadas que se encuentran en rebeldía destacamos la dificultad que ésta entraña, dado que resultaría realmente difícil reconocer cuándo nos encontramos ante la comisión de un delito. Sería necesaria la presencia personal del particular en el mismo instante en que se comete delito, o el detenido, preso, condenado o conducido, se da a la fuga.

Ya hemos destacado en apartados anteriores el respaldo legal que tienen los particulares para proceder a la detención en determinados supuestos que recoge el artículo 490 LECR y que comparten con los funcionarios públicos.

Sería oportuno en este punto recordar qué debemos entender por “particulares”. Realizando una definición negativa, diremos que serán todas las personas físicas que no se encuentren integradas o formen parte de las FCSE. Si bien, puntualizaremos un aspecto importante, puesto que, a tenor de la opinión mantenida por la doctrina penal, en su mayor parte considera, -a nuestro juicio acertadamente- que todo funcionario público que no actúe en el cumplimiento de sus atribuciones legales, o en el ejercicio propio de su cargo, será considerado como particular, a todos los efectos que puedan derivarse de la normativa vigente. En este caso concreto, nos referimos a las consecuencias derivadas de la inclusión en los diversos tipos penales, establecidos en los artículos 163, 167 y 530 CP.

Los particulares podrán<sup>293</sup>, llevar a cabo actuaciones que, en principio, son propias de las FCSE<sup>294</sup> -artículo 104.1 CE<sup>295</sup>-, tratando con ello de salvaguardar y proteger la seguridad pública, como por ejemplo, los supuestos establecidos en el artículo 490 LECR<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> Sobre la detención realizada por particular, no habría de confundir la posibilidad de actuación, con la obligación de intervenir. Las FCSE se encuentran compelidas a la intervención, no así los ciudadanos particulares, quienes, únicamente, podrán en los supuestos en que no se hallen presentes los agentes de la autoridad y se cumplan los requisitos del artículo 490 LECR. Sin embargo, aun así, no surge una verdadera obligación de intervenir en aras de ejecutar la detención, a diferencia del artículo 450.1 CP

<sup>294</sup> Las FCSE, en cumplimiento de lo dispuesto en el, ostentan el ejercicio de garantizar y preservar la seguridad del Estado.

<sup>295</sup> Artículo 104 CE. 1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

<sup>296</sup> Artículo 490 LECR. 1. El que allanare con violencia o intimidación la morada de cualquiera de las personas mencionadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si no hubiere violencia o intimidación la pena será de dos a cuatro años. 2. Con la pena de prisión de tres a seis años será castigado el que amenazare gravemente a cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior, y con la pena de prisión de uno a tres años si la amenaza fuera leve. 3. El que calumniare o injuriare al Rey, y a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.

Como es sabido, en dicho precepto se establece la facultad de detener -en el artículo 450.1 CP<sup>297</sup> se dispone como obligación<sup>298</sup>-, de intervenir cuando estemos ante la comisión de un delito, actuando de forma inmediata y sin riesgo propio o ajeno o, en su defecto, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o sus agentes para impedir un delito sobre las personas, su vida, su integridad, libertad o libertad sexual<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Artículo 450 CP. 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

<sup>298</sup> Sin embargo, entendemos que incluso en este último caso, no existe, verdaderamente, una conminación a intervenir y detener. Lo que se dispone en dicho mandato es la actuación encaminada a impedir la comisión del delito, sin concretar los modos o formas en que debe efectuarse.

<sup>299</sup> Dicho lo cual, consideramos que no tiene relación entre los anteriores preceptos, la imposición que dispone el artículo 195 CP, en el que se impone la obligación de socorrer a quien se encuentre desamparado y en un peligro manifiesto y grave, cuando pueda ejecutarlo sin un riesgo propio, ni de terceros. En el caso de que estuviese imposibilitado para socorrer, habrá de solicitar con máxima urgencia el auxilio ajeno. Lógicamente, este supuesto no debe considerarse como una asistencia con las FCSE, sino que se trata de una actuación humanitaria, en base al Derecho Natural.

Establece el artículo 195 CE. 1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

Evidentemente, como estamos viendo, la posibilidad de que un ciudadano particular pueda realizar una detención, se encuentra enmarcada en un número concreto y tasado de circunstancias exigidas como presupuestos imprescindibles. A este respecto, GARCÍA MORILLO las denomina<sup>300</sup> como “casos primarios”, en relación con los supuestos recogidos en el artículo 490 LECR.

El artículo 491 LECR impone justificación suficiente para la detención realizada por un particular. Esta ha de basarse en datos y motivos, razonadamente bastantes, para considerar que el sujeto detenido se encontraba, en esos instantes, en algunos de los supuestos contemplados: fuga, flagrancia o en situación de fuga. Lo cual, elimina la posibilidad de que por parte de los particulares pueda ejecutarse detención por las simples sospechas o meras conjeturas.

En definitiva, el particular que realice una detención, estará llevando a cabo una actividad de auxilio a la propia sociedad civil y apoyo a la FCSE, en el sostenimiento de la seguridad y el orden público. Pero ello no otorgará, en modo alguno, a dichos sujetos civiles, la condición de funcionario público, y ni mucho menos, la posición legal de agente de la autoridad<sup>301</sup>. Lo que se proyecta, evidentemente, sobre las consecuencias penales que se derivarían de la comisión de una detención ilegal cometida por quien no posee la potestad otorgada por ser agente de la autoridad (miembro de las FCSE), y quien no actúa del modo en el que está compelido a mantener el orden y la seguridad pública.

Es por ello, por lo que es indiferente el hecho de que la detención cometida por un particular, lo sea por circunstancias públicas, o por motivos privados. En el supuesto de que la detención sea ilegal, el caso será

---

<sup>300</sup> GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad personal... op. cit., página 136.

<sup>301</sup> En esta línea, REBATO PEÑO, M. E.: La detención... op. cit., página 255.

siempre enjuiciado sobre el tipo penal de artículo 163 CP, puesto que la actuación del particular que detiene es meramente circunstancial y puntual.

### 6.3.- Realizada por particulares cualificados

Como decíamos antes, “particulares” son los ciudadanos que no formen parte de las FCSE<sup>302</sup>. Dicho lo cual, podemos definir a los “cualificados” como todos aquellos que sin ostentar *autoritas* para detener, poseen *potestas* para realizarlo, debido al cargo específico que ostentan o a las labores que desarrollan; en concreto nos ocuparemos de los vigilantes de seguridad. los capitanes de buques, y los comandantes de aeronaves.

Dentro del concepto de particulares cualificados, desarrollaremos más ampliamente el de vigilante de seguridad, puesto que éstos podrán ser equiparados a los agentes de la autoridad, es decir, tendrán una posición legal, más allá del simple particular que detiene amparado por los supuestos del art 490 LECR. Eso sí, siempre que se cumpla el ineludible presupuesto de actuar en colaboración con las FCSE y siguiendo sus órdenes e instrucciones<sup>303</sup>.

Es decir, en ese supuesto, cuando los agentes de seguridad privada lleven a cabo una detención que sea ilegal desde un principio o que, siendo legal al comienzo, después devenga en ilícita por vulneración de los derechos del detenido o incumplimiento de las exigencias legales, por lo

---

<sup>302</sup> Esto es, que no actúan en el cumplimiento de sus atribuciones legales, o en el ejercicio propio de su cargo-, y por ello, obviamente, carecen del carácter de agentes de la autoridad. Por lo tanto, tan sólo estarán capacitados legalmente para detener en los supuestos establecidos en el artículo 490.2 LECR.

<sup>303</sup> Siendo ésta una posición común en la mayoría de la doctrina, pudiendo mencionar entre otros a; CLIMENT DURAN C.: Detenciones ilegales... op. cit., página 40; PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica ilegal... op. cit., página 173; o REBATO PEÑA, M. E.: La detención... op. cit., página 160.

que habrían de ser enjuiciados de conformidad con lo dispuesto por el tipo penal agrado del artículo 530 CP.

### **6.3.1.- Agentes de seguridad privada**

Resulta imprescindible señalar que dentro del concepto de agente de seguridad privada<sup>304</sup> se engloban una serie de actividades profesionales, entre las que nos encontramos con los vigilantes de seguridad, escoltas privados, guardas rurales y detectives privados. Y en otras funciones más específicas nos encontramos con los jefes de seguridad, directores de seguridad e instructores de tiro.

Sobre la normativa jurídica, destacaremos que la primera Ley que se encargó del sector –Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada-, dio orden y estructura a una normativa dispersa y de rango inferior, sin embargo, tras veinte años de vigencia se promulgó una nueva norma -Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada- que proporcionó un tratamiento más general y sistemático del sector en su conjunto.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la primera ley que abordó dicho sector -la Ley 23/1992-, la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/1993, de 20 de octubre, dictaminó que, sin duda alguna, los

---

<sup>304</sup> Artículo 26, Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada. “profesiones de seguridad privada. 1. Únicamente puede ejercer funciones de seguridad privada el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad y su especialidad de vigilantes de explosivos, los escoltas privados, los guardas rurales y sus especialidades de guardas de caza y guardapescas marítimos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad y los detectives privados. 2. Para habilitarse como vigilante de explosivos será necesario haber obtenido previamente la habilitación como vigilante de seguridad. Para habilitarse como guarda de caza o guardapesca marítimo será necesario haberlo hecho previamente como guarda rural.



vigilantes jurados de seguridad -así denominados, en aquel momento-, carecían de la condición directa de agentes de la autoridad<sup>305</sup>.

Por lo tanto, sobre la posible condición de agente de la autoridad del vigilante de seguridad, ha existido una problemática de la que nos ocupamos seguidamente.

Aunque, en un principio, el TS <sup>306</sup> reconoció a los vigilantes de seguridad la condición de agentes de la autoridad en calidad de auxiliares de las FCSE y de la Policía judicial en los casos en que se encontrasen en el desempeño de sus cargos y estuviesen uniformados. El propio Alto Tribunal, posteriormente les negó tal condición<sup>307</sup>, con una argumentación basada en tres motivos: la naturaleza privada de la labor que efectúan<sup>308</sup>; la quiebra del principio de reserva de ley, es decir, la falta de una ley que conceda tal condición a los vigilantes; y, por último, el carácter auxiliar y complementario que tienen sus funciones respecto de las FCSE.

Es decir, como norma general, el personal de seguridad no posee el carácter de agente de la autoridad, no tienen la potestad pública para poder detener, sin perjuicio de que podrán hacerlo en los supuestos recogidos en

---

<sup>305</sup> Sin embargo, no es menos cierto que la citada Consulta aclara el caso de los vigilantes de seguridad que realicen funciones privadas y que sobrepasen las que se consideran estrictamente labores, y que pudiesen ser apreciadas como públicas.

<sup>306</sup> En sus sentencias de 10 de diciembre de 1983; de 8 de noviembre de 1984; y 18 de diciembre de 1990.

<sup>307</sup> En las SSTS de 25 de octubre de 1991; de 6 de mayo de 1992; de 18 de noviembre de 1992; de 8 de octubre de 1993; y de 13 de diciembre.

<sup>308</sup> Ello en atención a que el trabajo que desempeñan es privado, es decir, sirven a un sujeto privado que, lógicamente, carece de poderes de policía u orden público, concluyendo que, si se hallan en asistencia a una entidad particular o privada, no podrá mostrarse conforme con el reconocimiento de su condición de agentes de la autoridad. No obstante, ello no irá en perjuicio de la posible consideración de sus funciones como servicios complementarios o auxiliares de la FCSE.

el artículo 490 -detención por particulares-, por lo que en consecuencia no podrán ser sujetos activos del tipo penal del artículo 167 CP ni tampoco del 530 CP, obviamente, porque carecen de la facultad pública para detener. En suma, en el caso de realizar una detención ilegal les serán aplicables los artículos 163 a 166 CP.

Respecto a los servicios y actividades relacionadas con la seguridad privada, a través de esta LSP<sup>309</sup> se regula detalladamente su desempeño. Dicha norma obliga y se proyecta sobre todos los sujetos intervinientes en la prestación de sus servicios, contratos celebrados en ese sector, medidas de seguridad, empresas de seguridad privada, agencias o despachos de detectives privados, y evidentemente, sobre todo el personal <sup>310</sup> que desempeñe funciones de actividad privada.

---

<sup>309</sup> La Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada (LSP), se publicó en el BOE (5 de abril de 2014) entrando en vigor el 5 de junio, dos meses después de su publicación.

<sup>310</sup> La Ley 5/2014 LSP, establece, pormenorizadamente, los presupuestos requeridos para ejercer el trabajo de vigilante de seguridad, vigilante de explosivos, escolta privado, guarda rural, guarda de caza o guardapesca marítimo. Se requiere una formación acreditable mediante certificación expedida por un centro de formación de personal de seguridad privada incluida en el Registro nacional o autonómico, y superar una prueba de capacitación; Certificado de profesionalidad de vigilancia y seguridad privada y guardería rural y marítimo que establezca el Gobierno (a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) y Título de Formación Profesional.

Para los jefes y directores de seguridad se requiere una de las siguientes titulaciones: Título universitario oficial de grado en el ámbito de la seguridad que acredite la adquisición de las competencias que se determinen, y Título del curso de dirección de seguridad reconocido por el Ministerio del Interior.

Para los detectives privados se requiere estar en posesión de uno de los siguientes títulos: Título universitario oficial de grado en el ámbito de la investigación privada que acredite la adquisición de las competencias que se determinen; y Título del curso de investigación privada reconocido por el Ministerio del Interior.

Con anterioridad al marco legal actual la actividad de los vigilantes de seguridad se circunscribía, principalmente, al interior de los bienes inmuebles cuya vigilancia tenían confiada. No obstante, existían una serie de excepciones que permitían su actuación en el exterior de los mismos, en parte, derivadas de la propia vigilancia del edificio encomendada<sup>311</sup>. Excepciones que se mantienen en la nueva legislación y que se han ampliado.

El actual artículo 41 LSP<sup>312</sup> pone fin a esta limitación espacial, de forma que los vigilantes de seguridad, con autorización previa, podrán, no

---

<sup>311</sup> En el artículo 79 del R. D. 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Seguridad Privada, se establecían dichas excepciones: a) El transporte y distribución de monedas y billetes, títulos-valores y demás objetos que, por su valor económico y expectativas que generen o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial; b) La manipulación o utilización de bienes, maquinaria o equipos valiosos que hayan de tener lugar en las vías públicas o de uso común, cuando tales operaciones, bienes o equipos hayan de ser protegidos por vigilantes de seguridad, desde el espacio exterior, inmediatamente circundante; c) Los servicios de respuesta a las alarmas; d) Supuestos de persecución a delincuentes sorprendidos en flagrante delito; e) Por razones humanitarias, y f) La prestación de servicios de vigilancia y protección de cajeros automáticos durante las operaciones de reposición de fondos o de reparación de averías, fuera de las horas habituales de horario al público en las respectivas oficinas. A estas excepciones deben añadirse la posibilidad de vigilar, con autorización previa, polígonos industriales y urbanizaciones privadas delimitadas.

<sup>312</sup> Artículo 41 LSP Ley 5/2014. 1. Los servicios de vigilancia y protección referidos a las actividades contempladas en el artículo 5.1.a) se prestarán por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales, que desempeñarán sus funciones, con carácter general, en el interior de los edificios, de las instalaciones o propiedades a proteger. No obstante, podrán prestarse fuera de estos espacios sin necesidad de autorización previa, incluso en vías o espacios públicos o de uso común, en los siguientes supuestos: a) La vigilancia y protección sobre acciones de manipulación o utilización de bienes, maquinaria o equipos valiosos que hayan de tener lugar en las vías o espacios públicos o de uso común. b) La retirada y reposición de fondos en cajeros automáticos, así como la prestación de servicios de vigilancia y protección de

sólo ejercer los servicios de vigilancia y protección en polígonos industriales y urbanizaciones privadas delimitadas<sup>313</sup>, sino que su ámbito de actuación se amplía, en coordinación con las FCSE<sup>314</sup>.

---

los mismos durante las citadas operaciones, o en las de reparación de averías. c) Los desplazamientos al exterior de los inmuebles objeto de protección para la realización de actividades directamente relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad de dichos inmuebles. d) La vigilancia y protección de los medios de transporte y de sus infraestructuras. e) Los servicios de ronda o de vigilancia discontinua, consistentes en la visita intermitente y programada a los diferentes puestos de vigilancia establecidos o a los distintos lugares objeto de protección. f) La persecución de quienes sean sorprendidos en flagrante delito, en relación con las personas o bienes objeto de su vigilancia y protección. g) Las situaciones en que ello viniera exigido por razones humanitarias. h) Los servicios de vigilancia y protección a los que se refieren los apartados siguientes. 2. Requerirán autorización previa por parte del órgano competente los siguientes servicios de vigilancia y protección, que se prestarán en coordinación, cuando proceda, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y de acuerdo con sus instrucciones: a) La vigilancia en polígonos industriales y urbanizaciones delimitados, incluidas sus vías o espacios de uso común. b) La vigilancia en complejos o parques comerciales y de ocio que se encuentren delimitados. c) La vigilancia en acontecimientos culturales, deportivos o cualquier otro evento de relevancia social que se desarrolle en vías o espacios públicos o de uso común, en coordinación, en todo caso, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. d) La vigilancia y protección en recintos y espacios abiertos que se encuentren delimitados. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y requisitos para la prestación de estos servicios. 3. Cuando así se decida por el órgano competente, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección: a) La vigilancia perimetral de centros penitenciarios. b) La vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros. c) La vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos. d) La participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. La prestación de estos servicios también podrá realizarse por guardas rurales.

<sup>313</sup> Excepción prevista con anterioridad en el artículo 30 Ley 23/1992 y artículo 80 RD 2364/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.

<sup>314</sup> Se amplía a la vigilancia de complejos o parques comerciales; de ocio; acontecimientos culturales; deportivos o cualquier otro evento de relevancia que se

Lo dicho sobre la realización de las actividades de vigilancia y seguridad en lugares públicos<sup>315</sup>, no es baladí en cuanto a la calificación de la ilicitud de una detención preventiva por parte de los agentes de seguridad privada.

Así, la detención realizada en un inmueble, bien en el interior de la propiedad privada, o en el momento del intento de acceso al interior, otorga el respaldo legal que concede la detención efectuada en el momento de la flagrancia del delito, circunstancia ésta que es más compleja de encontrar cuando la detención se lleva a cabo en un lugar público en el que realiza su trabajo el agente de seguridad privada.

El marco jurídico actual mantiene la potestad de los vigilantes de seguridad para practicar detenciones en relación con el objeto de su protección o de su actuación y denunciar a quienes cometan infracciones administrativas, como se desprende de la literalidad del artículo 32 párrafo

---

desarrolle en vías o espacios públicos o uso común, así como a recintos y espacios abiertos delimitados. Incluso se prevé la posibilidad de que el Ministerio del Interior o el órgano autonómico competente, ordene a los organizadores de eventos, entre otros, la adopción de ciertas medidas de seguridad que se establecerán reglamentariamente.

Además de la matización del principio general de exclusión de la seguridad privada de la vía pública, debe hacerse referencia a la habilitación que la LSP otorga a los vigilantes de seguridad para proceder a la detención de delincuentes. Estableciendo para ello una serie de requisitos que en ningún caso hay que confundir con el otorgamiento de la condición de agente de la autoridad. Más bien podríamos advertir que se asemeja a la posibilidad legal que se dispone para la detención preventiva por parte de los particulares en general –véase el artículo 490 LECR-.

<sup>315</sup> La LSP 5/2014, bajo determinadas condiciones, habilita a los vigilantes de seguridad a prestar el servicio de vigilancia perimetral de centros penitenciarios<sup>315</sup>, de centros de internamiento de extranjeros, y de otros edificios o instalaciones de organismos públicos, así como la participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial.

d) LSP <sup>316</sup>, en el que se dispone que los vigilantes de seguridad desempeñarán las funciones necesarias, relativas al objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las FCSE a la mayor brevedad posible, aportando todas las pruebas e información posible para facilitar la actuación y denuncia<sup>317</sup> posterior por parte de la policía.

En consecuencia, un vigilante puede efectuar una detención<sup>318</sup>. Una vez que se haya producido, bajo ningún concepto o circunstancia, podrá realizar interrogatorio alguno.

Durante una actuación policial los vigilantes de seguridad pueden efectuar más labores, siempre previa solicitud de las FCSE y bajo el estricto

---

<sup>316</sup> Artículo 32. d) LSP 5/2014. 1. Los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: en relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.

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

<sup>317</sup> La Audiencia Provincial de Barcelona, a través de su sentencia de 19 de junio de 1998, puso en evidencia el hecho de que la detención realizada por un vigilante de seguridad será amparada por el propio artículo 490 LECR, el cual, en modo alguno, permite la detención en el supuesto de comisión de una infracción administrativa. Por lo que, en dichas situaciones, habrán de limitarse a denunciar ante la Autoridad competente o sus agentes.

<sup>318</sup> A mayor abundamiento, subrayamos que los casos en que el vigilante de seguridad se encuentra ante la necesidad de detener, son dos: por una parte, ante el delito *in fraganti* -490 LECR, cumpliendo los requisitos de inmediatez temporal y personal, así como necesidad urgente de intervención-, y, por otra, ante la concurrencia de indicios racionales de que se podría haber producido un delito -492.4 LECR-

control de éstas<sup>319</sup>, como fuerzas auxiliares y complementarias de la policía<sup>320</sup>.

Por consiguiente, será detención ilegal cuando proceda a la detención de un sujeto, excediéndose en las funciones a las que están habilitados por el artículo 32 LSP en sus apartados c)<sup>321</sup> y d) -ver pie de página anterior-, lógicamente, ello será sin perjuicio de los supuestos

---

<sup>319</sup> Sobre el modo en que se complementan con las FCSE, la Ley 5/2014 LSP, dispone que el desempeño de las funciones de la seguridad privada, tiene un carácter auxiliar y definitivamente colaborador con las FCSE, por lo tanto, todos los sujetos intervinientes, en especial las agencias de detectives privados, las empresas dedicadas a la seguridad privada, y el personal que desarrolla dichas actividades, tienen la legal compromiso y el deber de auxiliar y actuar en colaboración, ello, como consecuencia del principio de legalidad. De igual modo, han de poner en su conocimiento, cualquier delito o actividad ilegal de la que, en el ejercicio de su actividad o funciones, fuesen conocedores.

Otro de los aspectos relevantes, es la posibilidad de que las FCSE, tengan acceso a los sistemas de alarma y seguridad que se hallen instalados por las empresas de seguridad privada que posibiliten la comprobación de las informaciones en tiempo real, cuando ello sea útil para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de la comisión de delitos.

<sup>320</sup> Este aumento de funciones y potestades, se ve complementado por un reconocimiento expreso de la condición legal de agentes de la autoridad al personal de seguridad privada. Con este reconocimiento se da cumplimiento a una de las demandas tradicionales de los profesionales del sector otorgándoles una protección jurídica análoga a la de los agentes de la autoridad frente a las agresiones o desobediencias de las que pueden ser objeto cuando desarrollen dicho auxilio a la FCSE. Esta protección jurídica adicional no se reconoce en cualquier situación, sino sujeta a los estrictos requisitos de: uniformidad, identificación profesional y actuar en cooperación y bajo el mando de las FCSE.

<sup>321</sup> Artículo 32 c). LSP, “evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia.”

contemplados en la LECR que posibilitan detener a cualquier ciudadano, si se encuentra ante los supuestos establecidos en el artículo 490 LECR<sup>322</sup>.

Es decir, el vigilante de seguridad, ante situaciones que no se encuentren amparadas por el 490 LECR, y al carecer de la condición de agente de la autoridad<sup>323</sup>, se limitará a contactar con las FCSE, para

---

<sup>322</sup> Artículo 490 LECR. 1.º Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente, "in fraganti". 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

<sup>323</sup> Artículo 32. LSP 5/2014 Vigilantes de seguridad y su especialidad. 1. Los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión. b) Efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección. c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia. d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al



denunciar los sucesos, sin perjuicio del seguimiento posible del infractor. Puesto que, en dichas circunstancias, sería considerado particular a efectos penales del artículo 163.4 CP<sup>324</sup>.

Similares problemas pueden surgir en el cumplimiento de la función de evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección. Además, se reconoce la competencia de los vigilantes de seguridad para proceder a la identificación y anotación de los datos personales de los detenidos, con la finalidad de ponerlos a disposición de las autoridades públicas, que en ningún caso podrá derivar

---

interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la LECR permite a cualquier persona practicar la detención. e) Proteger el almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y dispensado de dinero, obras de arte y antigüedades, valores y otros objetos valiosos, así como el manipulado de efectivo y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios. f) Llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales receptoras de alarmas, la prestación de servicios de verificación personal y respuesta de las señales de alarmas que se produzcan. Además, también podrán realizar las funciones de recepción, verificación no personal y transmisión a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que el artículo 47.1 reconoce a los operadores de seguridad. 2. Los vigilantes de seguridad se dedicarán exclusivamente a las funciones de seguridad propias, no pudiendo simultanearlas con otras no directamente relacionadas con aquéllas. 3. Corresponde a los vigilantes de explosivos, que deberán estar integrados en empresas de seguridad, la función de protección del almacenamiento, transporte y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios, en relación con explosivos u otros objetos o sustancias peligrosas que reglamentariamente se determinen. Será aplicable a los vigilantes de explosivos, lo establecido para los vigilantes de seguridad respecto a uniformidad, armamento y prestación del servicio.

<sup>324</sup> Sobre ello, es oportuno recordar que el artículo 163.4 CP establece que el particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiese a una persona para presentarla inmediatamente ante la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

en la averiguación o comprobación de esos datos ni en la realización de un interrogatorio, como ya se ha dicho antes.

En otras palabras, la Ley 5/2014 LSP desarrolla e incrementa las potestades de los agentes de seguridad, capacitándoles para intervenir cuando se cumplan determinadas circunstancias, y ello tanto en lugares privados como en espacios públicos, entrando con ello en el anterior concepto jurídico sobre que era exclusiva y excluyente la competencia de la seguridad en la vía pública de las FCSE. Incluso, dando un paso más allá, y abriendo la posibilidad de que la vigilancia y protección de edificios públicos se realice por las empresas privadas de seguridad.

En suma, el vigilante de seguridad no ostenta la condición de agente de la autoridad, salvo que su intervención sea requerida de forma expresa por las FCSE y siga sus instrucciones, en cuyo caso le protegerá dicha condición legal. Podrá detener únicamente en el transcurso específico de su labor profesional concreta, lo que nos lleva a requerir en dicho caso unas condiciones prácticamente similares a la detención por particulares en general, en línea con los supuestos previstos en el artículo 490 LECR.

### **6.3.2.- Capitanes de buques**

En el caso de que se origine un conflicto a bordo de una aeronave o un buque, y nos encontremos ante la necesidad de proceder a la detención de un sujeto determinado, es necesario avisar de forma inmediata y por cualquier medio oportuno, a las autoridades competentes establecidas para cada supuesto que se produzca. Sin embargo, más allá de la detención en caso de delito flagrante, veamos quiénes pueden detener en una aeronave que esté en pleno vuelo, o un buque que se encuentre navegando, quiénes pueden tomar la decisión de proceder a detener a una persona determinada.

Comenzaremos por el capitán de buque. Es quien ostenta el mando en el interior de su buque y, por lo tanto, despliega la potestad derivada de su condición de autoridad<sup>325</sup>.

Para lo cual, el Real Decreto Legislativo 2/2011<sup>326</sup>, se ocupa respecto de las circunstancias en que exista peligro a bordo, señalando en su artículo 300 que “los capitanes de buques o quienes hagan sus veces, podrán adoptar, con carácter extraordinario, cuantas medidas de policía estimen necesarias para el buen régimen de a bordo en caso de peligro”.

Es evidente que, entre dichas reglas y pautas, los capitanes podrán adoptar la medida de proceder a la detención de quien haya perpetrado un acto delictivo, en una actuación idéntica a la de cualquier agente, funcionario público u otra autoridad que también esté esencialmente obligada a detener. Obviamente, como requisito imprescindible, cuando se

---

<sup>325</sup> De acuerdo con el artículo 24 CP. 1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

<sup>326</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

encuentren ante uno de los casos establecidos en los artículos 490<sup>327</sup>, 492<sup>328</sup> y 495 LECR.

Dicha autoridad del capitán, ejercida a bordo de la nave, no implica conflicto legal alguno, puesto que es consecuencia del principio de territorialidad previsto en los artículos 4 y 23 LOPJ<sup>329</sup>. También se encuentra

---

<sup>327</sup> Artículo 490 LECR. Cualquier persona puede detener:

1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.

2.º Al delincuente *in fraganti*.

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

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

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

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

7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

<sup>328</sup> Artículo 492 LECR. La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

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

Artículo 495 LECR. No se podrá detener por simples faltas –delitos leves–, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle.

<sup>329</sup> Los artículos 4 y 23 LOPJ recogen el principio de territorialidad:

dispuesto en el artículo 8 CC<sup>330</sup>. Ello cuando el buque se encuentre en aguas jurisdiccionales españolas<sup>331</sup>.

Sin embargo, no sucede igual cuando el barco<sup>332</sup>, en el que haya de realizarse la detención, se encuentre en aguas propias de otro Estado o se halle en aguas internacionales.

- 
- Artículo 4 LPOJ. La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.
  - Artículo 23 LOPJ. 1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas (delitos leves) cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. 2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho (...).

No obstante, para ello se exige una serie de requisitos que exceden en el objeto del presente estudio.

Igualmente, podemos encontrarlo dispuesto en el artículo 8 CC. “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

<sup>331</sup> Son las aguas interiores y el mar territorial, que alcanza hasta las doce millas náuticas, según Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial.

<sup>332</sup> Buque mercante o que no sea militar. Respeto de estos últimos, debemos señalar que los actos delictivos cometidos en buques militares se encuentran sujetos a la normativa militar española, con independencia del lugar concreto en el que se encuentre, y ello incluye a las aguas jurisdiccionales de cualquier otro Estado. Siendo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, “los Tribunales y Juzgados Togados militares conocerán de los asuntos que respectivamente les atribuye la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

La competencia atribuida a los Tribunales Militares Territoriales y Jueces Togados Militares Territoriales se distribuirá entre ellos por el orden de preferencia que se establece en las siguientes reglas:

---

Primera. – Son competentes para conocer y fallar los procedimientos instruidos por delito o falta penal, el órgano judicial militar en cuya demarcación o territorio se hubieren cometido.

Segunda. – El órgano judicial militar que sea competente para conocer del delito principal lo será también para conocer de los conexos, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias. En caso de sobreseimiento del procedimiento en relación con el delito principal, dejará de conocer de los delitos conexos que no sean de su competencia.

Tercera. – La competencia para conocer los delitos colectivos cometidos en distintos lugares pertenecientes a diferentes demarcaciones o territorios corresponderá al órgano judicial militar del lugar donde se haya desarrollado la actuación principal, o, en su defecto, al llamado a juzgar al más caracterizado de los imputados.

Cuarta. – La competencia para conocer de los delitos continuados cuando los hechos se hayan producido en lugares correspondientes a distintos territorios o demarcaciones, vendrá determinada por el lugar en que se hayan cometido el mayor número de hechos o, siendo éste igual, por aquél en que se hubiera desarrollado la actuación principal.

Quinta. – La competencia para conocer de los delitos o faltas penales cometidos a bordo de buque militar o en aeronave militar corresponderá al órgano judicial militar de la demarcación o territorio a que pertenezca a ejército o unidad orgánica de la que dependa el buque o aeronave.

Si los buques o aeronaves militares cambiaran de unidad orgánica o ésta desapareciera o cambiara de lugar, los procedimientos en trámite se continuarán por el órgano judicial militar del lugar en el que se radicaran las unidades o, en su defecto, donde fueran destinados los inculpados.

Si el delito se cometiere a bordo de buque o aeronave militar en el extranjero, será competente para su conocimiento el órgano judicial militar con sede en Madrid.

Sexta. – No obstante lo dispuesto en la regla primera, cuando una unidad se desplace temporalmente para la realización de ejercicios militares dentro del suelo nacional, la competencia para conocer de los delitos cometidos entre el personal de dicha unidad, corresponderá al órgano judicial militar de la demarcación o territorio donde dicha unidad tenga su acuartelamiento permanente, sin perjuicio de que el Juez Togado del territorio donde ocurrieron los hechos inicie el procedimiento correspondiente, que deberá remitir al Juzgado Togado competente en cuanto la unidad regrese a su acuartelamiento”.

Y de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Convención de 29 de abril de 1958, sobre alta mar:

Impera, en aguas internacionales, el llamado derecho de pabellón o bandera<sup>333</sup>. Lo que significa que el capitán de un navío que se encuentre en aguas libres estará legitimado a efectuar la detención en base al ordenamiento jurídico español, porque en la LECR se dispone que el buque en cuestión constituye legalmente una parte del territorio español. Al mismo tiempo, la jurisdicción española conocerá de la comisión del delito<sup>334</sup>.

Es decir, primará la legislación, tanto procesal como penal, de las aguas jurisdiccionales del país en el que se encuentre el buque. Es el principio de territorialidad el que faculta que el buque sea considerado como parte del territorio de dicho país. Independientemente de que se encuentre

- 
- Artículo 8. 1. Los buques de guerra que naveguen en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera. 2. A los efectos de estos artículos, se entiende por buques de guerra los que pertenecen a la marina de guerra de un Estado y ostentan los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. El Comandante del buque ha de estar al servicio del Estado y su nombre ha de figurar en el Escalón de Oficiales de la Armada. La tripulación ha de estar sometida a la disciplina naval militar.
  - Artículo 9. Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, y destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial, gozarán, cuando estén en alta mar, de una completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera.

<sup>333</sup> Indica BUSTOS RAMÍREZ que, exceptuados los buques de guerra, “las restantes embarcaciones (...) se rigen por la ley del pabellón si se encuentran en aguas libre, aunque sobre ello no hay disposición legal (de modo que hay que aplicar sólo el principio doctrinario)”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal, Parte General, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 104.

<sup>334</sup> La competencia corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con el artículo 65.1.e LOPJ que dispone “la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: (...) e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”.

en dichas aguas como consecuencia de un acto accidental o sea una estancia breve o temporal.

Evidentemente, en sentido contrario, será la legislación española la que regirá en los buques de bandera extranjera, que se encuentren en aguas jurisdiccionales de España. En suma, en el caso de que el capitán se vea obligado a detener a alguien que se encuentre a bordo del navío, situado en aguas jurisdiccionales de otro país, habrá de atenerse a su ordenamiento jurídico.

### **6.3.3.- Comandantes de aeronaves**

Del mismo modo que en el apartado anterior, en éste nos ocuparemos de los supuestos de detención por parte de los comandantes de aeronaves, no tanto de los delitos contra la navegación aérea<sup>335</sup>, sino en los supuestos en que se vea conminado a detener a sujetos que se encuentren en la aeronave –tripulantes, personal de cabina, pasajeros, etc.-

Al respecto, la Ley 48/1960, sobre navegación aérea, dispone en su artículo 59<sup>336</sup> que el comandante es la persona elegida por el empresario

---

<sup>335</sup> Los delitos contra la navegación aérea se encuentran regulados, más específicamente, en la Ley 21/2003, de 7 julio, de Seguridad Aérea, que vino a complementar la Ley de Bases sobre Navegación Aérea 48/1960, de 21 de julio, y la posterior Ley 209/1964, de la Navegación aérea y en el artículo 616 ter CP, que dispone un tipo contra la seguridad en la navegación aérea.

<sup>336</sup> Artículo 59. Ley 48/60. El Comandante de la aeronave es la persona designada por el empresario para ejercer el mando. Podrá acceder al puesto de Comandante cualquier ciudadano que tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea y se halle en pleno disfrute de sus derechos civiles y en posesión del título de Piloto y licencia de aptitud correspondiente al tipo de aeronave utilizada. En las aeronaves de transporte la edad mínima para el desempeño de tal cometido será la de veinticinco años.



para ejercer el mando, añadiendo en el precepto siguiente<sup>337</sup> que el comandante poseerá la condición de autoridad en el desempeño de su mando y será responsable de la aeronave aunque no asuma su pilotaje material. Cesará esa responsabilidad cuando, finalizado el vuelo, haga entrega de ella a cualquier autoridad competente o al representante de la empresa. La autoridad que recibe entonces la aeronave es el Jefe del aeropuerto correspondiente, quien tendrá carácter de autoridad en el ejercicio de sus funciones<sup>338</sup>.

La potestad del comandante que permite la detención a bordo de la aeronave, siempre que se realice en el espacio aéreo español, se encuentra amparada legalmente<sup>339</sup>, como consecuencia de la aplicación del principio de territorialidad de las normas penales, al igual que en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 4 y 23 LOPJ<sup>340</sup>; y artículo 8 CC; preceptos ya señalados con anterioridad.

---

<sup>337</sup> Artículo 60 Ley 48/60. El Comandante designado por el empresario desempeñará el mando de la aeronave y será el responsable de la misma y de su tripulación, de los viajeros y equipajes, de la carga y del correo desde que se haga cargo de aquélla para emprender el vuelo, aunque no asuma su pilotaje material. Cesará esa responsabilidad cuando, finalizado el vuelo, haga entrega de la aeronave, pasajeros, correo y carga a cualquier autoridad competente o al representante de la Empresa.

<sup>338</sup> Por lo tanto, de lo señalado se deduce que el comandante es la persona facultada para realizar cualquier detención a bordo de la aeronave, mientras que el Jefe del aeropuerto será la autoridad, en el modo que hemos señalado, dentro del recinto aeroportuario. Artículo 62. Ley 48/60. Los Jefes de aeropuertos serán designados por el Ministerio del Aire, quien establecerá las condiciones que hayan de reunir. Tendrán carácter de autoridad en el ejercicio de sus funciones. Compete al Jefe del aeropuerto, dentro de su jurisdicción, la coordinación e inspección de todos los servicios del mismo y dependerá de dicho Jefe el personal afecto a ellos, con arreglo a esta Ley y sus Reglamentos, sin perjuicio de la organización y dependencia técnica y administrativa propia de los servicios pertenecientes a otros Ministerios.

<sup>339</sup> Según dispone el artículo 1. Ley 48/1960 Es el situado sobre el territorio español y sobre su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español.

<sup>340</sup> Competencia de los Tribunales españoles en los delitos contra la navegación aérea:

No obstante, en el caso de que la aeronave española no se encuentre en el espacio aéreo español, las dudas que pudiesen surgir son disipadas por la ley 48/1960, al disponer que la aeronave española se considerará territorio español, cualquiera que sea el lugar o espacio donde se encuentre<sup>341</sup>.

- 
- Objetiva. Corresponde a la jurisdicción penal ordinaria la aplicación de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre y el enjuiciamiento de los delitos comprendidos en la misma en cumplimiento de la Ley Orgánica 1/1986 de 8 de enero que suprimió la jurisdicción penal especial para el conocimiento de dichos ilícitos.
  - Territorial. Los delitos contra la seguridad de la navegación aérea están configurados como delitos de jurisdicción universal en base a los criterios establecidos en los Convenios de La Haya y Montreal, lo que constriñe la competencia penal de los Tribunales españoles a la aplicación de los principios de territorialidad y personalidad, establecidos expresamente para estos delitos en el Artículo 23 f) LOPJ. En consecuencia, y en virtud del mencionado precepto sólo serán competentes los Tribunales españoles para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, en alguno de los siguientes casos:
    - En el caso de que el delito haya sido cometido por un ciudadano español.
    - O en el supuesto de que el delito se haya ejecutado contra una aeronave que navegue con matrícula española.

<sup>341</sup> Artículo 6. Ley 48/60. La aeronave de Estado española se considerará territorio español, cualquiera que sea el lugar o espacio donde se encuentre. Las demás aeronaves españolas estarán sometidas a las leyes españolas cuando vuelen por espacio libre o se hallen en territorio extranjero, o lo sobrevuelen, si a ello no se opusieran las leyes de Policía y Seguridad el país subyacente.

Por lo demás, el resto de las aeronaves españolas se distinguirán<sup>342</sup>, entre aeronaves de Estado<sup>343</sup> y aeronaves privadas<sup>344</sup> y se hallarán bajo el ordenamiento jurídico español en el caso de que transiten por espacio aéreo libre o se encuentren en territorio extranjero, o lo sobrevuelen, si a ello no se opusieran las leyes de policía y seguridad del país subyacentes<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> Artículo 13. Ley 48/60. Las aeronaves se clasifican en aeronaves de Estado y privadas.

<sup>343</sup> Artículo 14. Ley 48/60. Se considerarán aeronaves de Estado: 1. Las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar. 2. Las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales.

<sup>344</sup> Artículo 15. Ley 48/60. Se reputarán aeronaves privadas las demás no comprendidas en el artículo anterior. Reglamentariamente se establecerán las categorías de esta clase de aeronaves en razón de su empleo o destino.

<sup>345</sup> La Consulta nº 1/1986, de 14 de febrero, sobre jurisdicción y competencia para conocer de los delitos cometidos en aeronaves españolas durante la navegación aérea, en su último párrafo señala que “los delitos que hayan tenido lugar en aeronaves nacionales durante su vuelo por espacios aéreos a los que se extiende la jurisdicción española no son de los cometidos fuera del territorio nacional, razón por lo que, en tales casos, no deberá aplicarse sin más la regla atributiva de competencia contenida en los artículos 65. I, e), LOPJ y 4, 1 e), del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero. La Audiencia Nacional solo sería competente si atendida la naturaleza de los delitos, se tratara de alguno de los que conoce en exclusiva cualquiera que sea el lugar del territorio nacional en que se hayan ejecutado. En los demás supuestos - entre los que debe incluirse el que constituye el objeto específico de la Consulta- serán competentes los Juzgados de Instrucción y las respectivas Audiencias Provinciales, y ello tanto por la interpretación restrictiva que el TS ha venido dando a la parcialmente derogada Ley de 24 de diciembre de 1964, como por la declaración contenida en el artículo 1 párrafo segundo de la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, expresiva de que “en los delitos o faltas cometidos en vuelo, la competencia vendrá determinada por el lugar del primer aterrizaje de la aeronave en territorio nacional, sin perjuicio de la que pueda corresponder a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción”.

De lo señalado se desprende que el comandante de una aeronave comercial, o no estatal, está autorizado a realizar en el transcurso del vuelo la detención de un sujeto que se encuentre en el interior de la misma, a tenor de lo dispuesto en la LECR. Sin perjuicio de que la aeronave se encuentre en territorio extranjero o en espacio aéreo y el conjunto normativo de dicho país fuese contrario a que el comandante realice la detención de una persona sujeta a las normas procesales españolas<sup>346</sup>.

#### **6.4.- Detención por delitos leves**

Sólo procederá cuando el sujeto no tuviese domicilio conocido y no ofreciese fianza bastante o garantía de comparecer al llamamiento que se le haga -artículo 495 LECR-<sup>347</sup>.

#### **6.5.- Detención de menores**

A tenor de la LORPM 5/2000, los mayores de 14 años de edad y los menores de 18, podrán ser detenidos por el tiempo rigurosamente preciso para la realización de las investigaciones tendentes a la comprobación de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas deberán ser puestos en libertad -con entrega a sus representantes legales- o a disposición del Fiscal de Menores.

Los menores de 14 años están exentos de responsabilidad penal, pero si están implicados en actividades delictivas se les aplicarán las

---

<sup>346</sup> El Convenio de Tokio, de 14 septiembre de 1963, se ocupa de las infracciones y actos cometidos a bordo de las aeronaves. Siendo aplicado a la legislación penal y a toda actuación que, con independencia de que sea infracción, o no, pudiese significar una puesta en peligro para la seguridad de la aeronave que se encuentre en pleno vuelo.

<sup>347</sup> La persona detenida por una falta, en aplicación del principio de proporcionalidad, deberá ser puesta en libertad o ser entregada al Juez más próximo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención -artículo 496 LECR-.

normas sobre protección de menores y se dará cuenta inmediata al Fiscal de Menores, a fin de valorar su situación.

### **6.6.- Detención preventiva de carácter administrativo**

El criterio de la nacionalidad supone que la detención va a verse afectada por una serie de requisitos y formalidades específicos en función de distintos factores. El primero a tener en cuenta es la naturaleza de la que emana la privación de libertad del extranjero, bien por estar derivada de un ilícito penal, administrativo o de otro tipo.

La CE no alude directamente a la detención de un extranjero amparada en la legislación de extranjería. Es más, en su artículo 13.1 establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, por lo que también les será de aplicación el 17.1 de la norma constitucional; es decir, no podrán ser privados de libertad salvo en los casos y en la forma previstos en la ley. Esa ausencia de taxatividad constitucional para legitimar la detención de un extranjero en base a una infracción administrativa es suplida por la disposición contenida en el artículo 5.1 CEDH.

La condición de extranjero supone que la persona no nacional de un Estado queda sujeta a un régimen jurídico específico, cuyo incumplimiento puede generar su detención gubernativa para su expulsión. La base jurídica internacional nace del PIDCP, que en su art. 13 dispone la posibilidad de expulsión del territorio de un Estado previa resolución administrativa, con los requisitos legales. También contiene referencia expresa el CEDH, el cual refiere en su art. 5.1.f la detención preventiva o el internamiento de quien entre ilegalmente en el territorio de un país o contra el que esté abierto un procedimiento de expulsión.

Quizá una de las detenciones preventivas de carácter administrativo más representativas sea la llevada a cabo en virtud de las Leyes de Extranjería -4/2000 LOEX-. La más habitual es por infracción de la citada norma -estancia irregular o ilegal-. En este supuesto, no es la mera carencia de documentación lo que permite la detención policial, sino la creencia razonable de que el afectado se encuentra ilegalmente en territorio español y, simultáneamente, la necesidad de asegurar la ejecución de una eventual medida de expulsión si existe un riesgo de huida. La detención está justificada, por tanto, cuando es indispensable para conjurar el riesgo de fuga que pueda existir mientras se tramita el procedimiento de expulsión<sup>348</sup>.

El TS señala que del artículo 17.2 CE se induce que toda privación de libertad, aun no siendo detención, ha de ser limitada en el tiempo<sup>349</sup>. Finalmente indica dicho Tribunal, "...que ese límite temporal frente a toda privación de libertad -distinta de la detención para la persecución penal- no es necesariamente uniforme, sino que ha de adecuarse -por supuesto sin concesiones arbitrarias a las autoridades gubernativas- a las finalidades que en cada caso persigue la privación de libertad".

### **6.7.- Orden Europea de Detención y Entrega**

Se trata de una resolución judicial dictada por un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama, tanto para el ejercicio de acciones penales por hechos para los que la ley penal española señale una

---

<sup>348</sup> Detención en un procedimiento de expulsión de extranjeros. Es oportuno destacar que el artículo 61.1 d) LO 4/2000 dentro de un procedimiento administrativo sancionador, el instructor puede solicitar la detención por la autoridad gubernativa o sus agentes. Por su parte el artículo 61.1 e) LO 4/2000, dispone el internamiento por 60 días máximo.

<sup>349</sup> Este criterio fue reiterado en las sentencias TC 174/1999 y 179/2000, ambas referidas a la expulsión de extranjeros desde la zona de tránsito aeroportuaria.

pena o medida de seguridad privativa de libertad que sea al menos de un año de prisión -entrega para enjuiciamiento-, o con el fin de proceder al cumplimiento de una condena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro meses de prisión -entrega para cumplimiento de condena-<sup>350</sup>.

De acuerdo con los artículos 35.2 y 64.1 y 2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se establecen las siguientes particularidades en relación con los menores de edad: Autoridad competente para emitir una OEDE en España: a. Si se trata del ejercicio de acciones penales, podrá emitirla el Juez que conozca la causa, en este caso el Juez de Menores que conozca del expediente. b. Si se trata de una medida firme: el Juez de Menores que la hubiera impuesto. Para el reconocimiento y ejecución dentro de España de una OEDE que provenga de otro Estado miembro, la competencia, desde la detención hasta la decisión definitiva, corresponden al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

### **6.8.- La detención preventiva ordenada por la autoridad**

Es la detención realizada por orden del Ministerio Fiscal, Jueces o Tribunales. El supuesto, a excepción del Ministerio Fiscal, excede del objeto del presente estudio en el que abordamos la detención ilegal cometida por

---

<sup>350</sup> Fue definitivamente creada por la Decisión Marco de 13 de Junio de 2002 (2002/584/JAI) del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de entrega entre los Estados miembros, como mecanismo ágil de entrega y colaboración entre los Estados de la Unión Europea, sustituyendo al clásico sistema de la extradición. En España, las directrices de dicha Decisión Marco, se cumplimentaron mediante la aprobación de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, reguladora de la Orden Europea de Detención y Entrega, que ha sido derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre

funcionario público, por lo que de forma muy sucinta haremos una breve referencia a ambos casos.

### **6.8.1.- Ordenada por Ministerio Fiscal**

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda ordenar la detención preventiva, viene amparada por los artículos 773.2<sup>351</sup> LECR y 5<sup>352</sup> EOMF.

---

<sup>351</sup> Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hechos aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evolución y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su de su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

<sup>352</sup> Artículo 5 EOMF. El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que este legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer, adopción de medida cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal



este último precepto dispone que podrá ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECR, y aunque dichas diligencias no pueden suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, sí que puede ordenar el Fiscal la detención preventiva<sup>353</sup>.

Por tanto, estará legitimado para la averiguación y esclarecimiento de los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento por vía directa, por denuncia, o atestado.

Al respecto debemos destacar una serie de limitaciones que afectan a los elementos actuantes en este tipo de detenciones, puesto que al detenido no se le podrá efectuar interrogatorio de alguna clase, por lo que tras la correspondiente identificación, deberá ser trasladado ante el Fiscal, el cual llevará a cabo dicho interrogatorio, que versará sobre los acontecimientos que motivaron la intervención del Ministerio Fiscal, quien finalmente lo pondrá a disposición judicial si se cumplen los presupuestos sobre la presunta comisión de un delito o, en caso contrario, lo pondrá en libertad.

---

practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozarán de presunción de autenticidad.

<sup>353</sup> Por tanto, estará legitimado para la averiguación y esclarecimiento de los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento por vía directa, por denuncia, o atestado.

Al respecto debemos destacar una serie de limitaciones que afectan a los elementos actuantes en este tipo de detenciones, puesto que al detenido no se le podrá efectuar interrogatorio de alguna clase, por lo que tras la correspondiente identificación, deberá ser trasladado ante el Fiscal, el cual llevará a cabo dicho interrogatorio, que versará sobre los acontecimientos que motivaron la intervención del Ministerio Fiscal, quien finalmente lo pondrá a disposición judicial si se cumplen los presupuestos sobre la presunta comisión de un delito o, en caso contrario, lo pondrá en libertad.

Se trata, evidentemente de una actuación que será puesta en conocimiento de la autoridad competente, al igual que la orden de detención, su posterior práctica y cualquier otra actuación que se hubiese llevado a cabo.

Se trata, evidentemente de una actuación no ordenada por Jueces o Tribunales, por lo que será puesta en conocimiento de la autoridad competente, al igual que la orden de detención, su posterior práctica y cualquier otra actuación que se hubiese llevado a cabo.

### **6.8.2.- Ordenada por Jueces o Tribunales**

Acordada por la autoridad judicial. El juez de instrucción, en el desarrollo de un proceso penal, posee varias posibilidades para que el imputado comparezca ante su presencia. La menos gravosa es la citación - artículo 486 LECR-, no obstante, cuando la persona a la que se cita no acuda a la presencia del juez sin un motivo justificado, la orden de citación podrá convertirse en orden de detención -artículo 487 LECR-.

Si bien, el juez también puede recurrir directamente a la orden de detención, si lo cree conveniente -artículo 494 LECR-.

Es esencialmente una detención preventiva, en la que los agentes actuantes, intervienen con la cobertura legal que les presta su solicitud por parte de la autoridad judicial, cuando se cumpla alguno de los supuestos recogidos en el artículo 492 LECR.

## CAPITULO III

### LOS DERECHOS DEL DETENIDO

Somos conscientes de los espacios comunes que comparten la detención preventiva y los distintos supuestos de privación y restricción de libertad personal, como ya ha quedado dicho en el capítulo anterior. No obstante, consideramos oportuno recordar que el desarrollo del presente capítulo se centrará en el estudio de la detención preventiva realizada por agentes de la autoridad<sup>354</sup>. Ello sin perjuicio de las aclaraciones o referencias oportunas en relación con las demás restricciones y privaciones de libertad personal, para lograr una mejor exposición de conceptos e ideas.

#### 1.- Cuestiones previas

Antes de ocuparnos de la exposición de los derechos del detenido, nos detendremos en el trato personal –en el respeto a la dignidad de la persona, cualidad inherente en su condición de ser humano- que debe recibir el sujeto detenido, en sí mismo y en relación con la prohibición de buscar la verdad a través de métodos que atenten contra la salud física o mental del detenido.

Es decir, una vez que se ha producido la detención, veremos el tratamiento que se ha de dispensar a la persona, ello –lógicamente- con independencia de la legalidad de su detención, o de las sospechas o certidumbres que existan sobre su autoría en la comisión de un ilícito penal.

---

<sup>354</sup> Principal objeto de nuestro estudio. Apartándonos, obviamente, de una profundización en la detención decretada judicialmente.

Por lo tanto, el trato habrá de ser correcto, respetando su dignidad humana<sup>355</sup>, no debiendo producirse tipo alguno de violencia. En este sentido, GUDE FERNÁNDEZ opina que “la detención nunca puede incidir en determinados derechos de la persona, como el derecho a la vida, a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes”<sup>356</sup>.

A lo que añadimos nosotros, además de las anteriores razones, porque constituye un mandato constitucional.

Por ello, debe darse cumplimiento al principio de menor lesividad<sup>357</sup>. Tanto en el aspecto personal, como en el ámbito económico y patrimonial. Se requiere proporcionalidad en la forma de la detención y mínimo perjuicio.

Al respecto, ALEGRE MARTÍNEZ afirma que “en el seno de determinadas relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, existe un especial riesgo de que el poder público atente contra la dignidad de la persona, precisamente por estar implicados en dichas relaciones derechos o valores inherentes a esa dignidad. En particular, el *ius puniendi* del Estado se encuentra en constante conflicto con la libertad de la persona. Ésta es la razón por la cual el artículo 17 CE proclama los derechos a la libertad y a la seguridad personal, y establece una serie de garantías y

---

<sup>355</sup> Derecho fundamental reconocido en el artículo 10.1 CE. Lo que significa una vinculación directa para toda persona, máxime para los funcionarios públicos - agentes de la autoridad- y los poderes públicos.

<sup>356</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido...op. cit., página 250.

<sup>357</sup> El principio de menor lesividad constituye una expresión del respeto a la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10.1 CE, el cual dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, significando ello, una imposición genérica que estaría obligada a cumplir cualquier persona y aún más, si cabe, los poderes públicos y sus agentes.

requisitos para la privación de libertad personal, así como un procedimiento de *habeas corpus*<sup>358</sup>.

Existe una absoluta prohibición de realizar actos que puedan atentar contra la integridad física y psíquica del detenido y, según la Secretaría de Estado de Seguridad "(...) en el supuesto de que se hubiesen realizado, se procedería a trasladar al detenido al centro sanitario correspondiente o, en su defecto, al más próximo, para proceder a su exploración, diagnóstico y tratamiento"<sup>359</sup>.

En éste orden de cosas, entendemos que podrían considerarse incluidos los hechos que impliquen un excesivo número de interrogatorios continuados en el tiempo, con una reiterativa insistencia en las cuestiones planteadas, dirigidas a provocar, intencionadamente, agotamiento físico y mental en el detenido, socavarían su ánimo, causando una pérdida de la serenidad<sup>360</sup> que le impediría tener el discernimiento mínimo para contestar<sup>361</sup>.

En los supuestos de detención legal en que existiese algún tipo de; tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, según GIMENO SENDRA "nos encontraríamos ante un tipo de privación de libertad que puede ser

---

<sup>358</sup> ALEGRE MARTÍNEZ.: El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona, Revista General del Derecho, N° 604-605, 1995, página 212.

<sup>359</sup> Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad.

<sup>360</sup> En cuanto a la pérdida de la serenidad por parte del detenido en el transcurso del interrogatorio, GUDE FERNÁNDEZ entiende que "si se prolonga mucho tiempo, o si el número de preguntas fuera tan elevado que el imputado perdiera la serenidad o el juicio preciso para contestar, la declaración quedará suspendida y deberá concedérsele el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma". GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 261.

<sup>361</sup> En estas situaciones es donde el papel del abogado que asiste al detenido adquiere un carácter tuitivo en sus funciones.

legal en sus inicios al cumplir los presupuestos habilitantes; sin embargo, devino en ilegal al atentar contra la integridad del detenido por lo que el *habeas corpus* es la vía idónea para paralizar dichas acciones y reparar de modo inmediato el derecho conculcado”<sup>362</sup>.

En otras palabras el detenido estará también legitimado para interponer el *habeas corpus*, cuando se atente contra su dignidad o se encuentre sometido a procedimientos de cualquier condición que por su característica, intensidad o cualquier otra circunstancia, le causen padecimientos físicos o psíquicos, le afecten, supriman o perjudiquen las naturales facultades de decisión o libre discernimiento, los cuales podrán ser probados con el correspondiente informe médico en el que puedan objetivarse por parte del facultativo.

Por su parte, CASTAÑEDA OTSU relaciona directamente al abogado defensor con la supervisión del estado físico y psíquico del detenido, por lo que afirma que “la defensa letrada es una garantía del correcto desenvolvimiento del proceso penal, ya que asegura la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial, evitando que se produzca cualquier grado de indefensión. Es por ello que el artículo 520.6 b) LECR establece, como una facultad del abogado, solicitar que se informe al detenido o preso de los derechos dispuestos en el numeral 2 del referido artículo y se proceda al reconocimiento médico”<sup>363</sup>.

En consonancia con lo defendido por dichos autores, consideramos muy importantes las funciones “tutelares” que puede -y debe, en nuestra opinión- ejercer el letrado asistente, quien supervisará constantemente la

---

<sup>362</sup> GIMENO SENDRA, V. / MORENILLA ALLARD, P. / TORRES DEL MORAL, A. / DÍAZ MARTÍNEZ, M.: ...op. cit., página 429.

<sup>363</sup> CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía ...op. cit., página 255.

integridad mental y corporal del sujeto detenido. En una posición de garante del estricto cumplimiento de la legislación vigente.

Visto lo anterior, en relación con las investigaciones, interrogatorios o diligencias que se realicen para esclarecer los hechos. Resulta importante destacar que la búsqueda de la verdad<sup>364</sup>, no puede servir de coartada, ni justificar métodos o tratamientos físicos o psíquicos que de forma intencionada produzcan un sufrimiento en el cuerpo o en la psique del detenido.

Cualquier ordenamiento jurídico mínimamente adelantado, rechaza radicalmente cualquier tipo de actuación física o psíquica que dañe la integridad corporal o mental de un detenido. En este sentido se han posicionado la totalidad de organismos internacionales, sin paliativos de tipo alguno.

Existe un núcleo de garantías y prohibiciones que, incluso durante la vigencia del estado de excepción, no pueden ser suspendidos. Uno de ellos es el de no ser víctima de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>365</sup>. De ahí que la tortura, como medio de obtener la confesión o efectuada para infligir sufrimientos a un detenido, atenta contra normas de *ius cogens*<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> Independientemente de que exista consentimiento tácito o expreso.

<sup>365</sup> Se trata de un derecho que garantiza la integridad física y la prohibición de la tortura, también regulado en el artículo 5.3.b) LOFCS, “tratamiento de detenidos, especialmente: velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas”.

<sup>366</sup> El TEDH ha mantenido, una reiterada y amplia jurisprudencia en *cuanto* al rechazo a la utilización de la tortura y a la prohibición de los malos tratos físicos o psíquicos durante el interrogatorio. En este sentido declara “que cuando un individuo afirma, de forma defendible, haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias, contrarias al artículo 3, dicha disposición, combinada con el deber

Sin embargo, nos encontramos con la existencia de métodos, o instrumentos no violentos, que son susceptibles de ser utilizados para tratar de conocer lo sucedido realmente, por ejemplo; las “drogas de la verdad”<sup>367</sup> o los detectores de mentiras, que han de ser considerados como medios que lesionan la dignidad de la persona y que menoscaban la intimidad de detenido.

Respecto de las drogas de la verdad, y partiendo de la base de que no se puede mentir al subconsciente, con su utilización, a las personas se les eliminan sus autocontroles mentales. El psiquiatra forense CARRASCO GÓMEZ ha profundizado en esta cuestión, poniendo de manifiesto que “con su uso se trata de que afloren y verbalicen contenidos inconscientes mediante la acción que tales sustancias tienen sobre el yo al liberar frenos y defensas”<sup>368</sup>.

Por su parte, RODRÍGUEZ VILLANSANTE Y PRIETO señala que la obtención de la verdad a través de estos métodos no violentos, y aunque no son considerados como tortura<sup>369</sup>, son rechazados porque violan la intimidad de las personas y atentan contra su dignidad<sup>370</sup>.

---

general impuesto al Estado por el artículo 1 CEDH, de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos... en el Convenio”. Se exige una investigación. STEDH Asunto Tuncer y Durmus v. Turquía, Sentencia 32446/96, de 2 de noviembre de 2004.

<sup>367</sup> El llamado “suero de la verdad” forma parte de la familia de narcóticos, por ejemplo: amytal, evipán, actedrón, o el más conocido pentothal sódico.

<sup>368</sup> CARRASCO GÓMEZ, J. J., y MAZA MARTÍN, J. M.: Tratado de psiquiatría legal y forense, editorial La Ley (4 edición), 2010.

<sup>369</sup> Diversos organismos internacionales han incluido dentro del concepto de tortura tanto los tratamientos físicos como los psíquicos que ocasionan de manera deliberada, un severo sufrimiento físico o mental.

<sup>370</sup> RODRÍGUEZ VILLANSANTE Y PRIETO, J. L.: Derechos humanos y Fuerzas y Cuerpos de seguridad, en Cuadernos de la Guardia Civil, número 5, 1991, página 28.



El TS<sup>371</sup> estableció que si los tribunales de justicia los admitiesen de forma indiscriminada, ello constituiría una vulneración del principio de legalidad<sup>372</sup>, debido a que implicaría una forma torticera de conseguir una confesión del detenido, significando el desprecio a la condición humana al eliminar los resortes psíquicos y físicos del sujeto detenido. Sin olvidarnos de que estaríamos hablando de meros porcentajes de verosimilitud, sabiendo que, en caso de duda razonable, impera el principio *in dubio pro reo*.

En este mismo sentido, se ha mantenido la jurisprudencia del TS<sup>373</sup>, en la que apunta “la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 CE. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad”. Poco podemos añadir a este último y contundente pronunciamiento, salvo que compartimos la postura de que la dignidad personal no es disponible.

---

<sup>371</sup> En su sentencia 775/1982, de 22 de mayo.

<sup>372</sup> Señala el TS que “una primera objeción obliga a entender que el uso del «Pentothal», o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura contrario al «*numerus clausus*» en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material, principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano”.

<sup>373</sup> Entre otras destaca la sentencia 6635/1991, de 26 de noviembre de 1991.

En relación con el objetivo de lograr la confesión, vemos que la utilización del polígrafo -también llamada “máquina de la verdad”- como medio para conseguir el descubrimiento de la verdad, el reconocimiento de autoría o como prueba en un procedimiento penal, no está establecida ni prevista en el ordenamiento jurídico, ello por diferentes motivos, pero principalmente por dos, en primer lugar, por su escaso porcentaje de fiabilidad –algo de lo que advertíamos antes- y, en segundo, porque en nuestro conjunto normativo, el detenido y el investigado tienen derecho a no declarar contra sí mismos ni a decir la verdad. El artículo 24 CE lo recoge expresamente.

En otras palabras, es nula, inexistente e inválida, ya que su uso no se ajusta al sistema de valores, garantías y principios constitucionales que recogen nuestro sistema jurídico<sup>374</sup>.

En suma, tenemos que el suministro<sup>375</sup> de dichos “sueros de la verdad”, causan en el detenido una completa liberación de inhibiciones que le

---

<sup>374</sup> STS 4957/2010, de 29 de septiembre de 2010, en su Fundamento Jurídico 3 apunta que “como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el presente motivo, el detector de mentiras o polígrafo no puede reemplazar la función de los Tribunales de valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de publicidad, inmediación y oralidad, y que se trata de una prueba que no tiene reconocida ninguna validez en el ordenamiento jurídico español.

<sup>375</sup> STS 775/1982, de 22 de abril de 1982, dispone en su Considerando tercero que “de entre los narcóticos que han encontrado más aceptación en las pruebas clínicas se encuentran el Privenal, Evipán Sódico, Amytal Sódico, la Methedrina y el Eunarcón y sobre todo el Pentotal Sódico, que logró el palmarés con holgada exageración sensacionalista al recabar para sí el talismán de suero de la verdad, y aun cuando se llegó a afirmar, con harto optimismo, que sus resultados son reales, absolutos y sorprendentes y que no pasan del riesgo que supone la administración de un simple inyección endovenosa, es lo cierto que la polémica entre científicos y clínicos y psiquiatras las disensiones y recelos se oponen a aquellos otros, señalando estos toda una serie de precauciones, contraindicaciones y peligros, llegándose incluso a

conduce a expresarse o declarar lo que voluntaria y libremente no desearía, con la consiguiente quiebra de su conciencia personal<sup>376</sup>. De hecho, la inoculación de estos compuestos en el detenido podría suponer la realización, del tipo penal del artículo 174 CP, es decir, sometiendo a condiciones o procedimientos que suprimiesen o redujesen sus facultades de conocimiento o discernimiento, tal y como establece dicho precepto<sup>377</sup>.

La detención preventiva no puede superar el hecho de significar una privación de libertad personal del sujeto. Por lo tanto, ningún otro derecho fundamental debería verse afectado. En este mismo sentido se expresa GUDE FERNÁNDEZ<sup>378</sup>.

---

señalar, por algunos investigadores ingleses, la posibilidad, aunque realmente rarísima, de provocar síncope mortales por inhibición con el uso del Pentotal”.

<sup>376</sup> Sobre ello se pronuncia el TS en su sentencia de 4 abril 1995. En este mismo sentido; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 28 junio 1999, sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 20 abril 2005, sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 3 de octubre 2006.

<sup>377</sup> El artículo 174 CP establece que “comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

<sup>378</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 250.

## 2.- Normativa y jurisprudencia aplicable

Como es conocido, el detenido goza de una serie de derechos recogidos en el ordenamiento jurídico y en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España.

Ya vimos que la Constitución Española, por una parte, establece en su artículo 17, un límite temporal a la detención -setenta y dos horas-<sup>379</sup>, sin embargo, existe una antinomia entre dicho precepto y el artículo 496 LECR <sup>380</sup>, al respecto, el TS declaró que debe prevalecer el texto constitucional, pero bien entendido que se trata de un plazo máximo, ya que según el TS “la detención no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”<sup>381</sup>.

Y, por otra, unos derechos que pueden ser protegidos a través de diferentes vías y procedimientos, entre ellos, el *habeas corpus*. El artículo 520 LECR, uno de los preceptos claves, establece un conjunto de derechos

---

<sup>379</sup> Artículo 17.2 CE “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

<sup>380</sup> Artículo 496 LECR “el particular, Autoridad o agente de la Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas”.

<sup>381</sup> STS de 11/10/1988 y 19/02/1993.

que se le atribuyen a toda persona<sup>382</sup> que haya sido detenida<sup>383</sup>. En este sentido se ha pronunciado el TC<sup>384</sup>.

Dicho lo cual, al encontrarnos ante una detención preventiva, en el artículo 520. 1 LECR se dispone que “la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales: al honor, intimidad e imagen de aquéllos con respeto al derecho fundamental a la libertad de información”.

Sobre ello, CLIMENT DURÁN opina que “la importancia de estas garantías residen en el hecho de que se trata de un freno o control, sobre cualquier desvío, mayoritariamente policial, dirigido a buscar la confesión

---

<sup>382</sup> En este punto, debemos recordar que algunos de los derechos dispuestos en el artículo 520 LECR pueden ser suspendidos o limitados en aquellos casos en que el detenido se encuentre incomunicado, conforme se recoge en el 527 LECR, por lo que distinguiremos dos supuestos: en situación no restringida y en situación de incomunicación.

<sup>383</sup> En relación con lo anterior, CASTAÑEDA OTSU sostiene sobre lo dispuesto en los artículos 17 CE y 520 LECR que “los derechos del detenido, previstos en el artículo 520 LECR, debe tener una interpretación conjunta con el artículo 17 CE. Ambos, bajo nuestro criterio, tienen (obtuvieron), lógicamente, una nueva lectura en España, tras la trasposición de las Directivas 210/64/UE y 212/13/UE”. CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía histórica de la libertad. El habeas corpus: su regulación jurídica en España y Perú, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 2017, página 252”.

<sup>384</sup> La STC 21/97, de 10 de febrero, dispone que “la detención de una persona por su participación en un hecho delictivo de inmediato va seguida del traslado del detenido a dependencias policiales; y tras darse cumplimiento a las exigencias del artículo 17.3 C.E. y a las prescripciones contenidas en el artículo 520.2 LECR., que las desarrollan, es en dichas dependencias donde se continúan las averiguaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos constitutivos del delito, como se desprende del segundo párrafo del artículo 520.1 LECR”.

del detenido utilizando mecanismos violentos o contrarios a la dignidad humana”<sup>385</sup>.

Tras la entrada en vigor de la LO 13/2015<sup>386</sup>, el artículo 118 LECR acogió nuevos derechos<sup>387</sup>. En el primer apartado se estableció que toda persona a quien se atribuya un hecho punible, podrá ejercitar el derecho de defensa interviniendo en las actuaciones. Téngase en cuenta que en el texto anterior se decía “actuando en el procedimiento”. Este derecho de intervenir en las actuaciones, se considera que existe desde la atribución del supuesto ilícito investigado hasta la extinción de la pena.

Igualmente, se reformaron los apartados 1 y 2 del artículo 509 LECR que regula la detención o prisión incomunicadas, y se introdujo un nuevo apartado 4, que prohíbe la detención incomunicada para los menores de dieciséis años.

---

<sup>385</sup> CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 255.

<sup>386</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECR para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, por la que se transpone en el ordenamiento interno español la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

<sup>387</sup> Nuevos derechos respecto a los incorporados por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se transponen las Directivas 2010/64/UE y 2012/13/UE. Y con las que se modifican la LECR y la LOPJ. Por lo tanto, se reconocen expresamente los derechos del investigado: a examinar las actuaciones con anterioridad al momento en que se le tome declaración; a guardar silencio -no prestar declaración si no desea hacerlo- y se incluye el derecho a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. Dicho lo cual, resulta oportuno destacar el hecho de que el artículo 118 LECR, se encuentra dirigido al denominado derecho de defensa, que se hace valer en cualquier tipo de proceso, haya sido la persona objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar, o se encuentre procesada.

También, se modificó el artículo 527 LECR, que dispone los derechos del detenido o preso incomunicado, estableciéndose de forma expresa que podrá ser privado de los siguientes derechos; a abogado de libre designación, a comunicarse con terceras personas, a la entrevista reservada con su letrado y, por último, a acceder él o su abogado a las actuaciones, con la excepción de que sí podrá tener conocimiento de los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

En relación con dichos elementos esenciales, es necesario citar los Acuerdos de la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial, remitidos mediante oficio de fecha 23 de Julio del 2015. En la citada comisión se estableció que serán considerados elementos esenciales de las actuaciones policiales, aquella información fundamental para recurrir o valorar la detención, concretando los siguientes: lugar y fecha de la detención; lugar, fecha y hora de la comisión del delito; identificación del delito que motiva la detención y breve resumen de los hechos; indicios muy genéricos por lo que se deduce la detención del detenido y pone como ejemplo, reconocimiento por personas, sin especificar quienes; declaración de testigos igualmente sin decir quienes, huellas dactilares, etc.

Se introdujo una nueva redacción para los apartados 1 a 6 del artículo 520 LECR, y se incorporaron *ex novo*, los nuevos apartados 7 y 8. Sin olvidarnos que los apartados 2, 3 y 5 ya habían sido modificados por la LO 5/2015<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> La reforma de la LECR, que llevó a cabo la ley citada, supone, como señala el Preámbulo, una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal, así como del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal, de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa.

De igual modo se dispuso un nuevo artículo 520 ter LECR<sup>389</sup> que regula la detención en alta mar –supuesto especial del que nos ocuparemos más detenidamente en el capítulo próximo-.

Tales reformas, nos conducen a advertir sobre una serie de derechos que comparten el detenido y el investigado –figuras distintas con derechos coincidentes- y, entre ellos, obviamente, el derecho de defensa. Como parte esencial de este último, se dispone el derecho a la asistencia de un abogado. Se establece la entrevista reservada entre el sujeto y su letrado<sup>390</sup>, que puede tener lugar antes de la declaración<sup>391</sup>, y en el apartado 4, se regula el régimen de comunicaciones, reconociendo su carácter confidencial, con las limitaciones previstas en el propio apartado.

Otro de los derechos que fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, es el derecho a informar de la detención a un tercero y a poder comunicarse -el detenido- con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, conforme a lo establecido en los artículos

---

<sup>389</sup> Disponiendo que “a los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) LOPJ, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo, en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la Autoridad Judicial competente<sup>389</sup>, tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas”.

<sup>390</sup> El establecimiento del derecho a las entrevistas previas a la toma de declaración, entre el detenido o investigado y su abogado defensor, han sido un aspecto relevante, que había sido una constante reclamación, por parte de, prácticamente, la totalidad de la doctrina.

<sup>391</sup> Sea ante los agentes de la autoridad, ante el Ministerio Fiscal o ante el Juez de Instrucción.



3, 5, 6 y 8 CEDH, con la finalidad de garantizar aspectos fundamentales de la defensa en el proceso penal<sup>392</sup>.

Como ya apuntamos en su momento, con dichas reformas se transpusieron al ordenamiento interno español, el derecho a la interpretación y a la traducción para los detenidos o presos que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento, así como para las personas con discapacidad auditiva y sordo-ciegas, derecho que se encuentra reconocido en el artículo 6 CEDH. Según la jurisprudencia del TEDH, todo ello, con el objetivo de garantizar el derecho a un juicio equitativo<sup>393</sup>.

Como anunciábamos en páginas precedentes, la Directiva 2013/48/UE establece el derecho de asistencia letrada en el proceso penal y el derecho a la comunicación durante el período de detención y/o privación de libertad, disponiendo: el derecho de asistencia letrada, siendo la cuestión de fondo más importante de la Directiva, y el derecho de comunicación del imputado con familiares y autoridades consulares, por lo tanto, podemos recordar que entre tales derechos se citan “los derechos de las personas en los procesos penales” entendiéndose, de este modo, que “la protección de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales es un valor fundamental de la UE, imprescindible para mantener la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza del ciudadano en la UE”.

---

<sup>392</sup> En concreto, tienen su reflejo en los artículos; 5.2 CEDH, que reconoce “toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de detención y de cualquier acusación formulada contra ella” y del artículo 9.2 PINDCP, el cual dispone que, “toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”.

<sup>393</sup> Todo ello conforme a los artículos 5 y 6 CEDH dirigidos a garantizar el derecho a la libertad y el derecho a un juicio equitativo.

Con mayor motivo, y por lo que respecta a dicha Directiva, la Comisión ha reconocido, de forma clara y contundente, que “esta medida - fundamentalmente el derecho de asistencia letrada- constituye el núcleo del programa de derechos procesales”<sup>394</sup>, en este sentido, no ha de olvidarse el límite impuesto por los artículos 47<sup>395</sup> y 48<sup>396</sup> CDFUE, en garantía del respeto al derecho de defensa para todo acusado, en el marco de un proceso penal, quien podrá “hacerse aconsejar, defender y representar”.

Por su parte, el CEDH recoge en su artículo 5 los derechos del detenido. Y, en el caso de que alguno de ellos no estuviere garantizado, despliega sus efectos el artículo 6 del citado Convenio, que contiene un listado de los derechos que constituyen la base de la cobertura legal respecto del derecho a un proceso equitativo y que complementan los

---

<sup>394</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones bajo la expresiva rúbrica “avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea – Fortalecer las bases del espacio europeo de justicia penal», presentada por la Comisión en Bruselas el pasado 27 de noviembre de 2013, documento COM (2013) 820 final, página 2.

<sup>395</sup> Artículo 47 CDFUE, en el que se regula sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

<sup>396</sup> Artículo 48 CDFUE, en el que se dispone sobre la presunción de inocencia y derechos de la defensa. 1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

contenidos de los desarrollados, por una parte, en los artículos 17 y 24<sup>397</sup> CE y, por otra, en el 118<sup>398</sup> y 520 LECR.

---

<sup>397</sup> Como es sabido, el artículo 24.2 CE dispone de forma específica el derecho a ser informado, señalando que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

<sup>398</sup> Artículo 118 LECR “1. toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

a) a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

b) a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.

c) a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

d) a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.

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

f) a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.

g) a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

h) a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

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

Así también, el artículo 6 CEDH letras a), b) y c) del apartado tercero, se ocupa, concretamente y de forma expresa, de promover tanto el derecho a la información como el derecho de defensa.

---

2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena.

El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo.

Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio sí, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.

5. La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables”.

Ambos textos legales -CEDH y PIDCP- son además expresamente mencionado en los Considerandos números 6 y 29 de la Exposición de Motivos de la Directiva 13/48/UE, como esenciales referentes de interpretación a la hora de aplicar dicha norma, ello con la clara intención de proponer un mejor y mayor desarrollo de los derechos en ambos textos referidos. Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que tales derechos de asistencia letrada y comunicación forman parte de los derechos más elementales del proceso penal<sup>399</sup>.

De igual modo, el artículo 9 PIDCP también se ocupa de los derechos del detenido. Ante la omisión del reconocimiento de un derecho, se recurre al artículo 14 PIDCP, que establece en el ámbito universal, un listado de derechos que, a su vez, se constituyen en parámetro de interpretación de los derechos que la Constitución Española reconoce en general para toda persona detenida.

Dicho lo cual, resulta oportuno recordar que, en el capítulo anterior, hemos destacado la distinción existente entre el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Al igual que, pese a las evidentes similitudes habidas entre los derechos del detenido y del sujeto inmerso en un proceso penal – investigado-, también son notorias las diferentes posiciones jurídicas que ostentan el sujeto detenido y el investigado.

---

<sup>399</sup> Sirva aquí citar, a modo de ejemplo, además de los ya expuestos, y entre otros, los artículos: 14.3 PIDCP en provisión de sendos derechos de defensa, de forma general y asistencia letrada, en particular; y 11.1 DUDH en referencia general al derecho de defensa, en cual dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Por lo tanto, y a modo de introducción de los apartados que nos van a ocupar, veremos los siguientes derechos:

- A ser informado; de los hechos que se le imputan; de las razones de su detención; de los preceptos legales infringidos; así como de los derechos y garantías que le corresponden en su condición de detenido. A la asistencia letrada de libre designación o en su defecto de turno de oficio.
- A guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable
- Al reconocimiento médico.
- A la comunicación de la detención un tercero<sup>400</sup>.
- A un intérprete.

Tras estos derechos, repararemos en la situación excepcional prevista para la incomunicación del detenido. Y, en último lugar, abordaremos, la aplicación práctica del derecho positivo.

### **3.- Derechos del detenido**

#### **3.1.- Derecho a ser informado y a la defensa letrada**

##### **3.1.1.- De los hechos, motivos y norma penal infringida y de la calificación jurídica de los hechos**

Se trata de una de las garantías del detenido que más polémicas está planteando en los últimos años. La normativa europea y su correspondiente transposición al ordenamiento jurídico nacional ha dado lugar a conflictos

---

<sup>400</sup> Se trata de un derecho que representa una obligación para las FCSE, el Ministerio Fiscal o autoridad judicial, cuando el detenido sea un menor de edad o incapacitado. Dicha comunicación ha de realizarse de oficio, aunque sea en contra de la voluntad del menor o incapacitado que ha sido detenido.

entre la actuación e interpretación por parte de los agentes instructores y FCSE en general, y las exigencias e intereses de la defensa del detenido.

La implementación de las normas está resultando mucho más lenta y complicada de lo esperado. El cambio de protocolos de actuación y la modificación de conductas de trabajo, siempre han necesitado de un cierto tiempo de adecuación por parte de los elementos subjetivos intervinientes. Sin embargo, en este caso, la prestación de la información sobre la detención, como el propio TC está advirtiendo en sus últimas sentencias<sup>401</sup>, no está siendo ejecutada por todos los agentes de la autoridad y los funcionarios públicos, en el modo en que disponen las normas. Siendo éste un aspecto que a continuación justificaremos y desarrollaremos.

Como ya dijimos, el artículo 520.2 LECR<sup>402</sup> dispone que la persona detenida será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en

---

<sup>401</sup> Sentencias del TC 13/2017, de 30 de enero de 2017; 21/2018, de 5 de marzo de 2018; 11/2019; de 28 de enero de 2019 y 72/2019, de 20 mayo de 2019.

<sup>402</sup> 520. 2 LECR dispone los derechos que le asisten: 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; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible; a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad; a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país; a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527; a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse

una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones que han motivado su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, derecho a la información que, asimismo, como anteriormente señalábamos, el artículo 17.3 CE concede expresamente a toda persona detenida.

No existe duda alguna que la inmediatez es la norma general a la hora de proporcionar información que afecta al detenido, ésta ha de ser suministrada en cuanto sea posible o, en su defecto, al llegar a las dependencias policiales <sup>403</sup>. Le serán expuestas las razones y los

---

y a mantener correspondencia con ellas; a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje; a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal, y en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas; a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

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

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda. En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

<sup>403</sup> El propio CEDH impone que la información que se proporcione al detenido se realice en el período más breve posible. De hecho, el artículo 9.2 PIDCP exige, literalmente, que la información deberá realizarse “en el momento de la detención”.

A modo de referencia temporal, al respecto podemos mencionar la opinión de GARCÍA MORILLO, quien considera que “vemos que la CEDH, por su parte, ha resuelto que una información sobre el motivo de la detención inmediata y en términos generales, seguida seis horas después por una explicación más detallada, no



fundamentos jurídicos por los que se ha procedido a su detención, y habrá que informarle del tipo penal infringido, de un modo que pueda comprender. GARCÍA MORILLO considera que “no es suficiente indicar -en la información al detenido- el sustento legal de la detención -el ilícito penal cometido- hay que añadir, también, el fáctico”<sup>404</sup>.

Mantiene SERRANO ALBERCA que “el derecho de información tiene un doble sentido: en cuanto al fondo, se informará de las causas que han determinado la detención y derechos que le asisten. Y, en cuanto al modo, dicha información ha de realizarse de forma que sea comprensible”<sup>405</sup>.

Postura a la que se adhiere RODRIGUEZ RAMOS, añadiendo que además de lo anterior, “al detenido se le comunicarán las razones o fundamentos de la privación de libertad, es decir, en base a qué precepto legal se le detiene”<sup>406</sup>.

En este aspecto, coincidimos con PORTILLA CONTRERAS cuando opina que “un inconveniente que se observa en el ejercicio de esta garantía, radica en que el deber de informar va a recaer sobre el propio funcionario que detiene, algo que no supone una mera descripción literal del precepto correspondiente, sino una explicación precisa de los rasgos fundamentales de las garantías reconocidas”<sup>407</sup>.

---

constituye violación del CEDH”. GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional... op. cit., página 122.

<sup>404</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional...op. cit., página 119.

<sup>405</sup> SERRANO ALBERCA, J. M., GARRIDO FALLA, F., y otros, Comentarios al artículo 17 de la Constitución Española, en Comentarios a la Constitución, 2ª edición, Editorial Cívitas, Madrid, 1985, página 321.

<sup>406</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Crimina, Editorial Colex, 5ª edición, Madrid, 1993, página 324.

<sup>407</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica ilegal... op. cit., página 302.

Sobre ello, aconseja CASTAÑEDA OTSU que “de conformidad con la normativa española e internacional, y la jurisprudencia, es correcto afirmar que, como consecuencia de la genérica obligación de información que asiste a todo investigado no asistido de abogado, los funcionarios de la Policía han de ilustrar al detenido, sobre el ejercicio de sus derechos constitucionales y del contenido esencial de la imputación, ya que solo de este modo se puede garantizar la defensa eficaz y materializar el derecho a la asistencia letrada”<sup>408</sup>. Nos sumamos a esta opinión. No habría de limitarse a proporcionar una mera información, sino que habría de explicarla con el fin de alcanzar una verdadera comprensión.

Todo ello era una demanda que venía haciendo la mayor parte de la doctrina, por todos GIMENO SENDRA en el sentido de que el detenido no solo “habría que ser informado del catálogo de los derechos: al silencio, designación de abogado, notificación de la detención, etc., que se encuentran recogidos en los párrafos contenidos en las letras a) y f) del numeral 2, artículo 520 LECR; sino, también de las razones de su detención, puestas de manifiesto en los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad”<sup>409</sup>.

En efecto, al detenido se le habrá de informar necesariamente de los hechos que han provocado su detención, los cuales deberán constituir un supuesto de ilícito penal, de lo contrario, no habría lugar a considerar cumplido el requisito necesario que permita la detención, ello en

---

<sup>408</sup> CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía histórica... op. cit., página 124.

<sup>409</sup> GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, PÁGINA, TORRES DEL MORAL, A., y DÍAZ MARTÍNEZ, M.: Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, Colex, Madrid, 2007, páginas 424 y 425.

observancia de lo dispuesto en los artículos 490, 492 -expuestos en apartados anteriores- y 495 LECR<sup>410</sup>.

Por lo que respecta, al modo en que ha de facilitarse dicha información. Cuando no se haya declarado el secreto de las actuaciones, el letrado tendrá derecho a que se le informe verbalmente, si lo considerase suficiente, e incluso, a que se le exhiban los autos para su evaluación directa y personal. Por el contrario, si se ha declarado el secreto (sin perjuicio del artículo 506.2 LECR<sup>411</sup>), será el juez de instrucción el que decidirá qué información facilitará, según su criterio<sup>412</sup>. Lógicamente, será necesaria la constatación escrita de cuáles han sido los datos aportados, ello en previsión de los eventuales recursos, y su correspondiente valoración, en cuanto a su suficiencia, en aras de la posible impugnación de la detención.

A tenor de lo regulado por los artículos; 17.3 CE -disposición clara y exigente en éste sentido- en consonancia con el artículo 5.2 CEDH y el artículo 520 LECR, se incluye entre los derechos del detenido, la

---

<sup>410</sup> Artículo 495 LECR. “no se podrá detener, por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”.

<sup>411</sup> Artículo 506. 2. LECR. Si la causa hubiere sido declarada secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al investigado o encausado.

<sup>412</sup> Como decíamos, anteriormente, el acceso a los elementos esenciales de la detención, constituye una confrontación con la declaración del secreto del artículo 302 LECR. Tengamos en cuenta que el artículo 505.3 LECR posibilita al abogado defensor a tener acceso a dichos elementos, a efectos de la interposición del correspondiente recurso contra el auto de prisión, ante lo cual no pueden existir restricciones derivadas de la declaración de secreto. Evidentemente, ésta última circunstancia se circunscribe exclusivamente en intervenciones ante la autoridad judicial.

información sobre los motivos que han propiciado la realización de la detención en los términos que acabamos de indicar y en la misma línea se pronuncia el TC<sup>413</sup>. El cual señala que cuando el detenido así lo solicite, “deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente” la detención preventiva.

Y prosigue el Alto Tribunal señalando que la negativa a informar de forma suficiente al sujeto sobre las razones de su detención suponen la vulneración del artículo 17.1 y 3 CE, que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad personal<sup>414</sup>. Añadiendo que a los agentes responsables de la custodia del detenido les corresponde informar por escrito, “de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad”.

No obstante, este derecho no implica que la persona detenida deba tener acceso a todo el contenido del atestado; “se reconoce el acceso a aquéllas actuaciones policiales que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención”. De hecho, el atestado puede recoger información sobre terceras personas no detenidas o sobre líneas de investigación, cuyo conocimiento por uno de los posibles implicados pondría en peligro la operación policial.

---

<sup>413</sup> El TC en su Nota Informativa nº 26/2018 mantiene que el artículo 17.3 CE “reconoce expresamente a toda persona detenida el derecho a ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible no sólo de los derechos que le asisten, sino también de las razones de su detención”. Por lo tanto, reconoce a los detenidos el derecho a ser informados “del procedimiento” que pueden seguir para recurrir su detención, y el derecho “de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención”.

<sup>414</sup> TC Nota Informativa nº 26/2018, de 8 de marzo de 2018.

Una vez constatado que el detenido tiene derecho a ser informado de los datos fundamentales y antecedentes obrantes en las actuaciones sobre su detención -a los efectos de apreciar su legalidad-, observamos que la valoración de tal calificación como “esencial” recae exclusivamente en manos de los propios agentes intervinientes<sup>415</sup>.

Y, asimismo, tras lo expuesto, vemos la existencia de una relación directa entre el acceso a la información<sup>416</sup> y la eficacia de la impugnación de la detención.

Sin duda, entendemos que, con lo anterior, entramos en una zona brumosa de los derechos del detenido, en la que lo conveniente para la investigación será perjudicial para la defensa del detenido, y viceversa. Será en esta pugna donde se dilucidará, en no pocas ocasiones, por un lado, la posible impugnación efectiva de la legalidad de la detención, y por otro, la prestación de datos e información que, en caso de darse a conocer a los detenidos, pondrá en peligro la eficacia de las diligencias de investigación.

Se trata ésta de una situación que, desgraciadamente, no ha quedado completamente solventada con la normativa vigente al respecto, por lo que

---

<sup>415</sup> Sobre lo que ha de entenderse como “esencial”, es importante señalar que la propia Comisión Nacional de Coordinación de Policía, en reunión de fecha 20 de julio de 2015, estableció como elementos importantes y básicos de las actuaciones que han de facilitarse al detenido, los siguientes: lugar, fecha y hora de la comisión del delito y de la detención; tipificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos; y, sospechas de las que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo.

<sup>416</sup> Al respecto, es oportuno señalar que la alusión del artículo 520.2.d) LECR a las partes fundamentales de las actuaciones, es la misma que se hace en el artículo 527 LECR, al disponer los derechos de los que puede ser despojado un detenido o preso, en situación de detención o prisión incomunicada.

nos tememos que una vez más será la jurisprudencia la que deberá delimitar los márgenes de actuación, con todo lo que ello implica.

Por lo tanto, con el derecho a la información, en su condición de garantía constitucional de carácter procesal, se pretende evitar cualquier posible supuesto de indefensión en el sujeto afectado <sup>417</sup>. Criterio interpretativo que había sido recogido, con anterioridad, en diversas sentencias del TC<sup>418</sup>.

El TC también ha destacado que, además de la información sobre los hechos y los motivos, el detenido ha de ser informado del precepto legal en el que encaja la acción ilegal cometida por él, debiendo efectuarse de modo que, sin duda alguna, sea comprensible por el detenido. Por tanto, los funcionarios policiales que practiquen la detención han de comunicarle la norma penal infringida, el tipo de injusto quebrantado y realizar una mínima calificación jurídica de los hechos que, en ningún caso, vinculará al órgano jurisdiccional.

De ello se desprende que el agente está obligado a conocer qué infracciones se contienen en las leyes penales y cuáles son susceptibles de originar una detención<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Sobre ello, el TC abunda con su sentencia 32/14, de 24 de febrero, en la que se ocupó de la presunta vulneración del derecho a la libertad personal. Dado que el demandante alega que fue detenido por agentes de la guardia civil sin haber sido informado de los hechos por los que se había procedido a su detención. Al respecto, mantiene el Alto Tribunal que “el derecho a recibir información sobre las razones de la detención, no queda satisfecho con la mera comunicación de una calificación jurídica, que puede no ser comprensible por alguien que no sea experto en derecho, sino que es preciso, en los términos establecidos en el artículo 520.2 LECR, que se informe al detenido de los hechos que se le imputan”.

<sup>418</sup> Sentencias del TC 107/1985, 196/1987 y 341/1993, a las que se remite la propia STC 21/1997, de 10 de febrero, en su Fundamento Jurídico 5. b.

<sup>419</sup> SSTC 96/1980, de 1 de abril y 105/1983, de 23 de noviembre.

A lo anterior, el TC ha añadido recientemente que se conculca el derecho a la libertad personal si al detenido no se le informa de manera suficiente por parte de la policía, sobre las pruebas existentes contra él para su detención y, por tanto, se le impide la posibilidad de preparar su defensa durante el consiguiente interrogatorio policial<sup>420</sup>.

La sentencia 21/2018 de 5 de marzo, ha sido la primera que el TC dicta en estos términos tan explícitos, después de que -como hemos señalado- la LECR fuese modificada en 2015, e incorporase las citadas directivas europeas dirigidas a garantizar los derechos de las personas detenidas.

Dicha sentencia se ha convertido en un auténtico manual de actuación de obligada lectura para los distintos sujetos intervinientes, por lo que nos detendremos brevemente en ella.

---

<sup>420</sup> STC 21/2018 de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 6, “en relación con el derecho a la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención, desarrollado por el artículo 520. 2 LECR, varios aspectos deben ser destacados: a) En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. Esta es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual «información de derechos». Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia. b) En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo «de forma inmediata» en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía”.

En línea con lo que venimos exponiendo, la Sala 1ª del TC, con la resolución referida, estimó el recurso de un detenido al que se le designó un letrado de oficio al entender que el derecho constitucional no fue respetado, porque los agentes intervinientes excluyeron datos en la información proporcionada al detenido<sup>421</sup> y a su abogado, informaciones que vinculaban al detenido con la comisión de un delito, y que habrían sido necesarios para que su abogado defensor hubiese tenido todos los elementos suficientes para “cuestionar fundadamente” su arresto<sup>422</sup>.

El derecho a ser informado sobre los cargos o imputaciones formuladas, como hemos apuntado, no solo asiste a todo ciudadano detenido<sup>423</sup>, sino que se extiende a su abogado defensor, con la finalidad de posibilitar una defensa eficaz.

La mencionada resolución del TC, recuerda que el artículo 17.3 CE dispone que toda persona detenida ha de ser “informada<sup>424</sup> de forma

---

<sup>421</sup> No obstante, se advierte de que el informe policial puede recoger información sobre terceras personas no detenidas, o sobre líneas de investigación, cuyo conocimiento por uno de los posibles implicados, pondría en peligro la operación policial.

<sup>422</sup> Al efectuarse la detención, el sujeto fue puesto en conocimiento de sus derechos, y se le indicó que el arresto se debía a su presunta participación en un delito de lesiones y a su presencia en el lugar de los hechos. Su abogado defensor solicitó comprobar los “elementos que justifican la legalidad” de la detención, a lo que los agentes actuantes se negaron.

<sup>423</sup> Como ya hemos destacado, la Constitución Española en su artículo 17.3, ha reconocido el derecho a que el detenido sea informado “de forma inmediata” de sus derechos, garantías y de las razones de su detención; el cual, encuentra un amplio desarrollo en el artículo 520.2 LECR que de modo explícito los contiene.

<sup>424</sup> De la lectura de la LECR se desprende que los agentes de la autoridad actuantes, son los responsables primeros y encargados directos, de informar al detenido por escrito “de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad”.



inmediata y de modo que le sea comprensible no sólo de los derechos que le asisten, sino también de las razones<sup>425</sup> de su detención”<sup>426</sup>.

Por consiguiente, el TC declaró la nulidad del auto del Juzgado de Guardia que denegó el inicio del procedimiento de *habeas corpus*, y señaló el Alto Tribunal en su sentencia, que el recurso de amparo se estimó no porque no hubiera motivos para detener al recurrente, sino porque, existiendo esos motivos, no fueron comunicados, ni al detenido, ni a su abogado<sup>427</sup>.

En similares términos se pronuncia el TEDH<sup>428</sup>, al considerar que el artículo 5.2 CEDH “enuncia una garantía elemental: toda persona arrestada debe saber por qué lo está, integrado en el sistema de protección que

---

<sup>425</sup> En este orden de cosas, añade el TC que, si el detenido lo solicita, también deben proporcionarle el acceso a los documentos o elementos de las actuaciones “en los que se apoye materialmente” su detención.

<sup>426</sup> En este mismo sentido, la LECR tras su última reforma, dispone que se debe proporcionar a los detenidos, el “procedimiento” que pueden seguir para recurrir su detención y el “acceso a los elementos de las actuaciones que, sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención”.

<sup>427</sup> STC 21/2018 de 5 marzo, Fundamento Jurídico 10 “en definitiva, a través de lo expuesto en los anteriores fundamentos se constata la vulneración de las garantías que el artículo 17.1 y 3 CE reconoce al demandante en cuanto titular del derecho a la libertad y seguridad personal, como consecuencia de no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habersele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad. En consecuencia, la pretensión de amparo ha de ser estimada en este aspecto, no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley (información suficiente y escrita, con posibilidad de acceso a las actuaciones que la objetivaban, si así era reclamado), lo que hubiera posibilitado su cuestionamiento ante el Juez del *habeas corpus*, garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley”.

<sup>428</sup> TEDH Asunto Hartley v. Reino Unido, sentencia de 30 de agosto de 1990.

ofrece éste artículo, se obliga a señalar a la persona, en un lenguaje simple y accesible para ella, las razones jurídicas y fácticas de privación de libertad”.

A la luz de todo lo dicho, consideramos que la alusión a las razones fácticas y jurídicas son determinantes, no bastando con informar a una persona de que ha sido detenido, con mera referencia al precepto de una ley.

### 3.1.2.- Del acto concreto de la detención

Aunque pudiese parecer una obviedad, en el ordenamiento jurídico español se establece la obligación de informar, no solo sobre los motivos de la detención<sup>429</sup>, sino que es obligatorio poner en conocimiento la propia detención en sí. Circunstancia ésta que había sido siempre defendida por la mayoría de la doctrina. Al respecto, entre otros GARCÍA MORILLO ha venido sosteniendo que “es preciso que al detenido se le informe sobre el acto concreto de la detención”<sup>430</sup>.

Es necesario que el sujeto tenga conocimiento, en todo momento, de la situación en que se encuentra, bien sea por el hecho de acompañar a dependencias policiales a los agentes actuantes, ello a los efectos, por ejemplo, de su identificación<sup>431</sup>, o bien sea como consecuencia de su detención preventiva.

---

<sup>429</sup> De forma temprana se manifestó el TC en este sentido, al establecer que el detenido ha de ser informado de los hechos que motivan su detención, siendo éste un requisito *sine qua non* para ejercitar el derecho de defensa. STC 105/1983, de 23 de noviembre.

<sup>430</sup> GARCÍA MORILLO, J.: Algunas consideraciones sobre la detención ...op. cit., página 763.

<sup>431</sup> Si el motivo por el cual fue trasladado a dependencias policiales era para su exclusiva identificación, una vez ésta haya sido realizada, quedará completamente libre para el ejercicio de su derecho de libertad ambulatoria, de lo contrario, le legitimaría para

Más aún, si se halla en situación de restricción de la libertad personal, por identificación *in situ*, que se podría convertir en una detención por encontrarse con una requisitoria de búsqueda y captura.

Por ello, es importante notificar formalmente<sup>432</sup> su detención al sujeto, puesto que uno de sus efectos es que quede constancia, de algún modo, del momento y de las circunstancias en que la misma se produjo<sup>433</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta notificación, se trata de un acto documental por lo que se requiere que la información quede acreditada formal y materialmente. Si se cumplen estos presupuestos, el acto procesal genera las consecuencias jurídicas legalmente previstas.

Por tanto, notificar la detención posee vital importancia para el cómputo y cálculo del plazo de su duración, en tanto que se tomará en cuenta desde cuándo -el reflejo exacto de la hora en la que se ha producido- el sujeto que se encuentra en esa situación, lo que permitirá efectuar el control de los plazos.

---

ejercer su derecho a interponer la correspondiente demanda, instando la incoación el procedimiento de *habeas corpus*.

<sup>432</sup> El TC mantiene, en su sentencia 312/1993, que las notificaciones se plasman “en la medida que hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa contradictoria, son una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial”. STC 312/1993, de 3 de octubre, Fundamento Jurídico 5.

<sup>433</sup> La entrega de la documentación, permite acreditar que el conocimiento del destinatario se ha producido o, al menos, que ha podido producirse.

### **3.1.3.- De los derechos que le corresponden como detenido**

El contenido<sup>434</sup> de dicha información debe ofrecerse de forma expresa y en términos que no sean considerados ambiguos o indeterminados, con el fin de posibilitar su conocimiento y posterior ejercicio de la defensa. Debe distinguir entre los hechos y los derechos, y requiere

---

<sup>434</sup> Sobre el contenido de la información que se ha de proporcionar, son de destacar dos preceptos relevantes.

Por una parte, la LO 5/2015 en su Exposición de Motivos distingue entre los detenidos y los investigados -imputados-, redirigiendo éstos últimos al artículo 118 LECR, apuntando que “cuando se trata de imputados se ha considerado conveniente su incorporación en el art 118 de la LECR y en el art 302 se han recogido las excepciones a este derecho. En los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el art 520 de la LECR y su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”. Añadiendo que “se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición de recurso, únicamente aquella la información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

Y por otra, el artículo 302 LECR en el que se señalan las excepciones a este derecho, disponiendo que “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”. Entendemos que ambos preceptos tienen el objetivo de proporcionar exclusivamente, con antelación a los recursos, la información necesaria e imprescindible para que sea posible apreciar la legalidad, o no, de la detención o privación de libertad.

ser concreta y precisa, con el fin de que facilite entender cada uno de los diferentes momentos o eventos que se producen, el contexto en que se den los hechos, las personas que intervienen, etc.

El hecho de la falta de información de sus derechos al detenido, convierte la detención en ilegal, por lo que, a tenor del artículo 11.1 LOPJ<sup>435</sup>, no tendrían efectos legales las manifestaciones, o la posible confesión que haya realizado, ello como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales.

Lo verdaderamente trascendente es que, desde un punto de vista formal, en cuanto a la finalidad de la información que se proporciona al detenido, éste conozca los derechos que le asisten y sea consciente de que se encuentra en la situación y condición de detenido y el por qué lo está; de manera que tenga la verdadera posibilidad de demostrar que podría deberse a una confusión o equivocación o, de lo contrario, que en su momento pueda defenderse en el proceso correspondiente.

Incide en esta misma postura SALIDO VALLE cuando advierte que “en el momento de la detención, existe la necesidad de que la información se facilite de manera que sea comprensible. Para ello se exige la utilización de algunas de las opciones que a continuación se relacionan; que el agente que deba efectuarla aporte tanto la orden de detención como las razones de la misma, y los derechos del detenido en el idioma o lengua que pueda entender la persona a la que se va a detener, o bien, que se acompañe de intérprete<sup>436</sup> para efectuar la detención. Únicamente el ejercicio de alguna

---

<sup>435</sup> Artículo 11.1 LOPJ. “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>436</sup> Por ello, sobre al derecho al intérprete, el TC muestra en su sentencia 74/87, de 25 de mayo, que se trata de un derecho que ha de ser entendido como incluyente, por

de estas posibilidades, dará efectivo cumplimiento al mandato constitucional<sup>437</sup>.

Por otra parte, el sujeto detenido tendrá la posibilidad de conservar la información de sus derechos, por escrito y durante todo el tiempo en que se prolongue la detención. No será posible admitir como suficiente, la mera lectura de derechos. A su vez, GUTIERREZ MORENO nos llama la atención sobre este hecho, por tratarse de un aspecto que entra en conflicto con los procedimientos de seguridad policial con los detenidos y la prohibición de acceder a las dependencias de reclusión con elementos susceptibles de ser utilizados para autolesionarse<sup>438</sup>. Sin embargo, entendemos que la posesión de unos folios, por parte del detenido, no habría de ser considerado, en principio, como un riesgo para su seguridad o integridad.

Al mismo tiempo, evidentemente, será necesario conjugar el derecho a la inmediatez de la información, con la forma escrita de ésta. Por lo que sería aconsejable la disponibilidad de impresos formalizados<sup>439</sup>, a los cuales sea posible anejar el resto de datos personalizados y singulares, sin descartar la imprescindible, en nuestra opinión, adición de todas aquellas explicaciones verbales que sean necesarias.

---

lo que el derecho a disponer de un intérprete alcanza, a todo detenido que no entienda o comprenda el idioma español. Si bien, el contenido de este derecho lo abordaremos, de forma más amplia en otro apartado del presente capítulo.

<sup>437</sup> SALIDO VALLE, C.: La Detención Policial, editorial Bosch, Barcelona, 1997, página 57.

<sup>438</sup> GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: Estatuto de la víctima del delito, algunos comentarios a la Ley 4/2015, Revista Aranzadi Doctrinal, número 7, julio 2015, página 47.

<sup>439</sup> La Directiva 2012/13/UE, incluso acompañó un anexo (Anexo I), en el que adjunta un modelo de declaración de derechos, sin carácter vinculante para los Estados.

En suma, por primera vez se ha regulado el modo en que ha de facilitarse la información al detenido o a su defensa letrada, en el idioma que comprenda, con la utilización de un lenguaje y términos que le resulten más accesibles y claros. Todo ello con un acomodo de los datos aportados, directamente adecuados a su edad, desarrollo psíquico, discapacidad, minusvalía o de cualquier otra circunstancia de índole personal, de la que pudiese desprenderse una limitación en el entendimiento de la información facilitada.

### **3.1.4.- Derecho a la defensa. A la asistencia de abogado**

Decía GÓMEZ DE LA SERNA que “ningún derecho es más natural, ninguno es más sagrado que el de la defensa”<sup>440</sup>.

El derecho a la defensa abarca a todo tipo de circunstancias o procesos, debiendo ser verdadero y efectivo; no es exclusivo del Derecho penal, si bien, es en éste en el que afecta a la libertad personal del artículo 17 CE, por lo que cualquier agresión debemos apreciarla como grave. Y ante esa gravedad, es la figura del abogado defensor, la que ostenta la potestad de su protección.

---

<sup>440</sup> Como vimos en el Capítulo I, el derecho positivo lo ha recogido a través de los artículos 24 CE y 48.2 CDFUE, así como el derecho a un proceso imparcial, incluido en los artículos: 47 CDFUE, 14 PIDCP y 6 CEDH.

La asistencia letrada al detenido, también encuentra reflejo en los artículos 47<sup>441</sup> y 48<sup>442</sup> CDFUE, ocupándose respectivamente, del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, al igual que de la presunción de inocencia y los derechos de la defensa. Por ello, dichos preceptos avalan el derecho de todo investigado, dentro de un proceso penal, a ser asesorado y defendido. Circunstancias que sin la actuación de un abogado serían difícilmente viables.

La Comisión Europea se ha manifestado sobre la Directiva 2013/48/UE señalando que “esta medida -derecho de asistencia letrada y comunicación e información con terceros- constituye el núcleo del programa de derechos procesales”<sup>443</sup>, lo que justifica que se aprueben medidas de aproximación legislativa en materia procesal penal en el marco de la Unión Europea.

---

<sup>441</sup> Artículo 47 CDFUE. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

<sup>442</sup> Artículo 48 CDFUE. 1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

<sup>443</sup> Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea – Fortalecer las bases del espacio europeo de justicia penal, presentada por la Comisión en Bruselas el pasado 27 de noviembre de 2013, documento COM (2013) 820 final, página 2



Por su parte, el artículo 5 CEDH no establece, de manera expresa, el derecho de defensa del detenido, no obstante resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.3 c) del citado convenio<sup>444</sup>, según el cual un acusado tiene derecho a defenderse por sí mismo o, en su defecto, a ser asistido por un defensor de su elección. Y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

En idéntico sentido, el derecho a ser asistido por un abogado se encuentra reconocido en el artículo 14.3 d) PIDCP<sup>445</sup>, en referencia al debido proceso, ya que el artículo 9 PIDCP no contiene una regla específica. El citado artículo 14.3 en su apartado d), desarrolla el derecho de la persona que se encuentre sometida a proceso penal, a hallarse presente en éste y a defenderse personalmente, o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre, gratuitamente, abogado de oficio si careciere de medios suficientes para pagarlo<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> Artículo 6.3. c). CEDH. “todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

<sup>445</sup> Artículo 14.3 d) PIDCP. “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

<sup>446</sup> Esta disposición tuvo, en España, un nuevo enfoque, tras la trasposición de las Directivas 210/64/UE y 212/13/UE.

Como decíamos el artículo 6 CEDH consagra el derecho a la información y la defensa<sup>447</sup>. Precepto que está expresamente mencionado en los Considerandos nº 6 y 29 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2013/48/UE<sup>448</sup>. En cuanto al ámbito objetivo, será la detención preventiva o, en su caso, el proceso penal que se esté llevando a cabo en ese momento o en un futuro, ya que se reconocen el derecho de asistencia letrada y comunicación desde el momento de las primeras investigaciones policiales, afectando también a los casos de orden de detención europea. El TJUE se ocupó del derecho a un proceso con todas las garantías –artículo 24.2 CE— en cuanto a la ejecución de una orden de detención y entrega, en relación con la interpretación –artículo 53 CDFUE— que ha de realizarse respecto de los derechos incluidos en los artículos 47 y 48 CDFUE<sup>449</sup>.

Sin embargo, se excluyen los procedimientos instados ante autoridades administrativas por la imposición de sanciones de infracciones leves, teniendo en cuenta que, si la resolución fuera objeto de un recurso ante un órgano jurisdiccional, entraría a aplicarse la Directiva<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> Por su parte, el ámbito subjetivo de la Directiva se encuentra dispuesto en el artículo 2.1 y se refiere a toda persona, sospechosa o acusada, que resulte imputada en el marco de un proceso penal en curso, independientemente de su nacionalidad, actuando como referencia el artículo 14 PIDCP. Si bien, sea dicho lo anterior, sin obviar las similitudes existentes entre algunos de los derechos del detenido y los del sujeto inmerso en el desarrollo de un proceso penal, ambas figuras jurídicas son distintas entidades.

<sup>448</sup> Según el artículo 2.3 de la referida Directiva, es a partir del instante en que se adquiere la condición de investigado cuando serán ejercitables los derechos y garantías, así como las exigidas en atención a la Orden de detención europea, prevista en el mismo precepto.

<sup>449</sup> STJUE Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal (Gran Sala), Asunto C-399/11, Sentencia de 26 de febrero de 2013.

<sup>450</sup> Es decir, dicha norma europea dispone unos preceptos básicos y comunes a todos los Estados miembros de la UE, por la que se establecen derechos imprescindibles: asistencia letrada, información y comunicación. Y establece en su artículo 3 que los tales Estados habrán de vigilar, tutelar y preservar los derechos de los detenidos. Éste

Por lo que se refiere al ámbito temporal, como adelantamos antes, es una cuestión relevante, puesto que la asistencia letrada es imprescindible desde la iniciación de las actuaciones policiales<sup>451</sup>. Hubo dudas al respecto,

---

artículo se apoya, a su vez, en los artículos 4, 9 y 10 del mismo texto legal, en previsión de normativa específica; esta última relativa a la exigencia de confidencialidad de las comunicaciones, entre el imputado y su abogado, posibilidad de renuncia al derecho de asistencia letrada y prestación de este derecho, en los procedimientos de orden de detención europea.

El artículo 1 Directiva 2013/48/UE, dispone el derecho, “a ser asistidos un letrado, a que se informe de su privación de libertad a un tercero y a comunicarse con tercero y con autoridades consulares durante la privación de libertad”.

En expresión de JIMENO BULNES “puede afirmarse que la Directiva 2013/48/UE, reconoce la indisoluble relación existente entre derecho de defensa y asistencia letrada; que se reputa esencial dentro del proceso penal, constituyendo, si acaso, el eje fundamental del derecho de defensa, y, por ende, del debido proceso”. JIMENO BULNES, M.: Revista de Derecho...op. cit., página 467.

El artículo 3 Directiva 2013/48/UE, dispone que “el derecho a la asistencia de letrado implicará lo siguiente: a) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales; b) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional; c) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: i) ruedas de reconocimiento, ii) careos, iii) reconstrucciones de los hechos”.

<sup>451</sup> Al respecto conviene resaltar las conclusiones obtenidas por JIMENO BULNES. Para este autor los derechos dispuestos en la Directiva 2013/48/UE, “tendrán su *dies a quo*

no obstante, el Consejo de Europa declaró de forma expresa que la asistencia de abogado será prestada desde la fase inicial.

En consecuencia, observamos que la indefensión se puede producir por la propia ausencia de abogado defensor o, como hemos visto en el apartado anterior, por la falta de información suficiente para la impugnación de la privación de libertad<sup>452</sup>. En cuanto a este último aspecto, al letrado defensor no se le deben imponer limitaciones en el acceso a dicha

---

desde el primer momento en que proceda la imputación siendo señalado su *dies ad quem* con la conclusión definitiva del proceso penal mediante sentencia firme; por tanto, con inclusión, lógicamente, de la posible impugnación de la sentencia definitiva, así como la correspondiente fase de ejecución de sentencia para el caso de que tenga lugar privación de libertad”. JIMENO BULNES, M.: Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 48, Madrid, 2014, página 464.

<sup>452</sup> A este respecto, el Auto que dictó la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15, de 12 de abril de 2016, en el que resolvió un recurso de apelación, presentado por la defensa del detenido, contra el Auto de prisión provisional. “el Juzgado de Instrucción, había decretado el secreto de las actuaciones, no facilitando, la información de los elementos necesarios para su defensa e impugnación. La defensa alegó, como primer motivo, que había existido indefensión, como resultado de la falta de información, proporcionada al detenido, conculcando el artículo 505.3, en relación con el artículo 302 LECR. En su resolución, la Audiencia estimó el recurso, expresando la obligatoriedad de la información de los elementos esenciales de las actuaciones, para poder impugnar la legalidad de la detención. Finalmente, debe reseñarse que el artículo 520.2 de la LECR obliga a informar por escrito a todo detenido o preso, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, entre los que se incluye, conforme al apartado d), el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.... No hay limitaciones legales para el detenido o preso o su defensa, en cuanto al derecho acceso a la documentación que resulte esencial para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Tanto de la regulación legal, como del tenor de la Directiva que la inspira, se desprende claramente que no basta con una mera información verbal, como se argumenta en el auto apelado”.

documentación. Señalando que la información verbal no es suficiente. Se trata ésta, de una circunstancia que ha ido adquiriendo, con el paso del tiempo, una mayor trascendencia, de la que nos ocupamos en distintos apartados del presente trabajo. Así lo ha recordado, también, el propio TC<sup>453</sup>, como ya vimos en páginas precedentes,

### **3.1.5.- Asistencia letrada de libre designación**

El detenido tiene el derecho a nombrar al letrado que libremente designe y considere de su confianza, con el fin de que le asista en todas aquellas diligencias policiales o, en su caso, judiciales en las que intervenga.

Éste derecho tiene un lugar destacado dentro de las garantías procesales, ya que la confianza que inspire el abogado a su patrocinado es esencial para defender los derechos constitucionales del detenido o investigado.

El TC pone de relieve que se trata de un derecho fundamental<sup>454</sup> que se traduce en una obligación jurídico-constitucional de permitir que, frente a una imputación técnica, se cuente con una defensa técnica. Es decir, habrá derecho a un abogado defensor; ante un acto administrativo o un interrogatorio durante una investigación policial o en cualquier fase del proceso penal; especialmente cuando ya se ha formulado acusación y se realizan los medios de prueba con las garantías del juicio oral.

---

<sup>453</sup> En su sentencia 21/2018, de 5 de marzo.

<sup>454</sup> A este respecto, el Alto Tribunal aúna las tres normas jurídicas y sostiene que “el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 6.3 CEDH y con el artículo 14.3 PIDCP, es en principio y, ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable”. STC 18/1995, de 24 de enero, Fundamento Jurídico 2.

El derecho a la libre designación también se encuentra reconocido por la jurisprudencia del TEDH<sup>455</sup>. Sin embargo, es posible la limitación de tal derecho, como ya ocurre en algunos ordenamientos jurídicos nacionales; entre ellos el nuestro, en virtud del artículo 527 a) LECR<sup>456</sup>, para los supuestos de detención o prisión incomunicada, estableciendo la designación de abogado de oficio.

Obviamente, el derecho a disponer de la presencia del abogado, abarca la totalidad de trámites, diligencias, actuaciones y circunstancias que afecten y se relacionen con el sujeto detenido durante el desarrollo de las diligencias de investigación, por ejemplo: rueda de reconocimiento, careo, reconstrucción de hechos, etc.

En cuanto a la normativa de la UE, el artículo 10 de la Directiva 2013/48/UE recoge una regla especial, en referencia exclusiva al derecho de asistencia letrada en materia de ejecución de órdenes de detención europea. El cual dispone que los Estados miembros de la UE, se asegurarán de que toda persona reclamada tenga derecho a la asistencia de letrado, tan pronto como se produzca su detención en virtud de una orden de detención europea.

Continúa, dicho precepto, estableciendo que la persona reclamada gozará, en ese supuesto concreto, de los siguientes derechos: a) a ser

---

<sup>455</sup> Entre otras, podemos citar, la sentencia dictada en el caso Pakelli vs Alemania, donde el TEDH declaró que, “toda persona acusada, que no desee defenderse por sí misma, dispone del derecho de asistencia letrada de su elección” (Fundamento Jurídico 31, traducción libre) teniendo lugar posterior confirmación en el Asunto Croissant v Alemania, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, en página Fundamento Jurídico 29; en este último caso y fundamento jurídico, se contempla asimismo, la posibilidad de limitar tal derecho a la libre elección de abogado en interés de la justicia.

<sup>456</sup> Artículo 527 LECR “en los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza”.

asistida por un letrado en el momento y del modo que permitan ejercer a la persona reclamada sus derechos efectivamente, y en cualquier caso sin demora injustificada tras la privación de libertad; b) a comunicarse y reunirse con el letrado que la represente; c) a que el letrado esté presente e intervenga, con arreglo a los procedimientos de la normativa nacional, durante la toma de declaración de la persona reclamada por parte de la autoridad judicial de ejecución.

Añadiendo que la autoridad competente del Estado miembro de ejecución informará a la persona reclamada, sin demora injustificada tras su privación de libertad, de que tiene derecho a designar libremente, a un letrado en el Estado miembro emisor<sup>457</sup>. Debiendo proporcionar a la persona reclamada toda la información necesaria para la elección de dicho defensa letrada<sup>458</sup>.

---

<sup>457</sup> Artículo 10 Directiva 13/48/UE. “la función de dicho letrado en el Estado miembro emisor consistirá en prestar asistencia al letrado del Estado miembro de ejecución facilitándole información y asesoramiento con vistas a que la persona reclamada pueda ejercer efectivamente los derechos que le confiere la Decisión Marco 2002/584/JAI. 5. En caso de que la persona reclamada desee ejercer el derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor y no disponga ya del mismo, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución informará de ello con prontitud a la autoridad competente del Estado miembro emisor. La autoridad competente de dicho Estado miembro suministrará a la persona reclamada, sin demora injustificada, información que le facilite la designación de un letrado en ese Estado. 6. El derecho de una persona reclamada a designar a un letrado en el Estado miembro emisor se entenderá sin perjuicio de los plazos establecidos en la Decisión Marco 2002/584/JAI ni de la obligación de la autoridad judicial de ejecución de decidir acerca de la entrega de la persona, en los plazos y condiciones definidos en dicha Decisión Marco”.

<sup>458</sup> Esta información es mucho más necesaria en los supuestos en los que no opere designación de abogado de libre elección. Por lo que parece una medida adecuada hacer entrega de un listado de abogados en ejercicio y aquellos adscritos al turno de guardia, relación que ha de suministrar el respectivo colegio de abogados del Estado

### 3.1.6.- Asistencia letrada de oficio

Como venimos exponiendo, resulta esencial<sup>459</sup> la actuación de un abogado durante las actuaciones policiales o judiciales y los actos en que intervenga el sujeto en calidad de detenido. Letrado que si no es designado por el detenido será nombrado de oficio.

Si el detenido preventivamente, no tiene posibilidad económica de solventar su propia defensa técnica, podrá solicitar la asistencia letrada de oficio<sup>460</sup>, que debe fundamentarse en esa carencia de medios económicos suficientes.

La autoridad o funcionario público, bajo cuya custodia se encuentre el sujeto, deberá comunicar al Colegio de Abogados su petición de que se le nombre uno de oficio. Debiendo abstenerse de hacerle sugerencias o recomendaciones sobre su elección. Una vez ésta ha sido realizada, el Colegio de Abogados notificará dicha elección al designado con la finalidad de que comunique su aceptación o renuncia.

---

emisor. De hecho, así lo propone el Considerando nº 46 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2013/48/UE.

Siendo éste un punto de tal interés que, en nuestra opinión y a modo de propuesta “personal” de mejora o buenas prácticas, sería recomendable que dichas actuaciones fuesen realizadas también en los supuestos en que, por parte del detenido, se tiene derecho a la libre designación del abogado.

<sup>459</sup> Se trata de un derecho irrenunciable, excepto en los supuestos de detención por delitos cometidos contra la seguridad del tráfico, siempre y cuando éste no produzca un resultado lesivo (lesiones o muertes), puesto que, en ese caso, el derecho a la asistencia letrada sería irrenunciable

<sup>460</sup> El artículo 520 LECR reconoce el derecho a hacerlo gratuitamente, el procedimiento para solicitarla y las condiciones para obtenerla.



En su caso, acudirá al centro de detención en el plazo más breve posible, o como máximo en tres horas, contadas desde el momento de la comunicación cursada al referido Colegio. Si bien, en la práctica el procedimiento utilizado es el requerimiento directo, por parte de los agentes de la autoridad, al letrado de guardia preestablecido por el departamento de Turno de Oficio del Colegio de abogados correspondiente.

Es necesario recordar que en el supuesto de que el abogado no acuda dentro de dicho periodo de tiempo, se abre la posibilidad de efectuarse la declaración o reconocimiento del detenido sin asistencia letrada, aunque, para ello se requiere del consentimiento del detenido<sup>461</sup>.

Para tratar de reducir al máximo el tiempo de espera mientras que el detenido espera la presencia del abogado, la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado establece que “la solicitud de asistencia letrada se cursará de forma inmediata al abogado designado por el detenido o, en su defecto, al Colegio de Abogados, reiterando la misma, si transcurridas tres horas de la primera comunicación, no se hubiera personado el letrado (...)”<sup>462</sup>.

La regla general es que la libre designación debe primar siempre sobre la asignación de oficio, salvo circunstancias muy excepcionales que permitan su restricción y estén previstas por la ley, como decíamos *ut supra* el abogado de oficio prevalecerá sobre el de libre designación en el

---

<sup>461</sup> Como indicábamos en páginas precedentes, ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 520.5 LECR. Lo que, a nuestro juicio, podría constituir una posible vulneración de dicha garantía, constitucionalmente establecida.

<sup>462</sup> Ministerio del Interior. Secretaria de Estado de Seguridad. Instrucción 12/2007, de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

supuesto de que el detenido sea incomunicado<sup>463</sup>, lo que comporta que éste no podrá encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza<sup>464</sup> y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa<sup>465</sup>.

### 3.1.7.- Contenido de la asistencia letrada

Se trata de un derecho que ampara al sujeto desde el mismo instante en que se procede a su detención, (el artículo 17.3 CE menciona expresamente las diligencias policiales)<sup>466</sup> no desde momentos antes de

---

<sup>463</sup> En nuestro ordenamiento, “la única situación, en la que la Ley permite la imposición de un Letrado de oficio, contra la voluntad del sujeto, es la incomunicación del detenido o preso contemplada en el artículo 527 a) LECR, cuya constitucionalidad, ha sido declarada por este Tribunal en sentencia 196/1987, de 11 de diciembre, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos”.

<sup>464</sup> Así lo ha declarado el TC, el cual sostiene que dicha garantía “interpretada por imperativo del artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 6.3 CEDH, y con el artículo 14,3 PIDCP es, en principio, y, ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable. STC 216/1988, de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico 2.

<sup>465</sup> STC 339/2005, de 20 de diciembre, Fundamento Jurídico 5º. En la que se citan, a su vez, las SSTC 30/1981, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 3; 7/1986, de 21 de enero, Fundamento Jurídico 2; 12/1993, de 18 de enero, Fundamento Jurídico 3

<sup>466</sup> Tal derecho se halla incluido en el artículo 17.3 CE, al igual que en el artículo 24.2 CE, y en el artículo 520.2.c) LECR. Si bien, el derecho a la asistencia de abogado dispuesto en el artículo 17.3 CE, es un derecho diferente y autónomo al que se refiere el artículo 24.2 CE, ya que el primero regula el derecho del detenido; mientras que el segundo dispone el derecho que ostenta el acusado o investigado. El TC se posiciona al respecto distinguiendo claramente entre dos derechos autónomos, como son el 17.3 y el 24.2 CE. Distinción ésta que abordaremos en el apartado siguiente.

que el detenido sea presentado ante el Juez. Como es sabido, el artículo 520.2.c) lo recoge expresamente<sup>467</sup>.

Constituye, por tanto, un derecho autónomo y diferente al de asistencia de abogado a que se refiere el artículo 24.2 CE<sup>468</sup> -dado que este precepto alude al acusado o investigado, en tanto que el 17.3 CE al detenido<sup>469</sup>.

Dicha garantía no se refiere a cualquier abogado, sino precisamente, al designado por la parte, por merecer su confianza y considerarlo el más adecuado para instrumentar su defensa. Entre ambos se instaura una relación, basada en el principio de confianza y en la existencia de un deber

---

<sup>467</sup> Artículo 520.2.c) LECR “derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible”.

<sup>468</sup> El TS mantiene que el derecho de todo investigado o acusado a la asistencia letrada es consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Que una persona detenida disponga de abogado, es imprescindible para que no se produzca indefensión -24.1 CE-. Por tanto, la asistencia de abogado funciona como garantía del proceso adecuado, ya que es una parte integrante del citado derecho a la tutela judicial efectiva.

El TS declaró en su sentencia 821/2016 que “la defensa de oficio, reconoció en el juicio oral que su incomunicación con el acusado, hasta pocos minutos antes de la celebración del propio juicio, había determinado que no pudiese proponer unas pruebas que, razonablemente, se presentan como relevantes en atención a las circunstancias del caso”. STS 821/2016 de 2 de noviembre

<sup>469</sup> Si bien, el TC ha declarado que la falta de información al abogado del detenido, o la negativa de los agentes a facilitar el acceso al expediente de la causa al letrado de la defensa, implica “la vulneración conjunta de los derechos: a la libertad, que existen en el artículo 17 CE, (garantías constitucionales, puntos 1, 3 y 4); y a conocer los términos de la acusación (artículo 24.2 CE)” STC 13/2017 de 30 de enero.

de profesionalidad, de discreción y de reserva que el Estado tiene obligación de respetar<sup>470</sup>.

Como pone de manifiesto ROXIN “este derecho a la asistencia tiene la finalidad de proteger al imputado de una auto-incriminación sobre la cual no haya reflexionado suficientemente, dado que solo quien tiene la posibilidad de ser aconsejado por su abogado en el momento de prestar declaración puede responder, de la mejor manera posible, a la pregunta de si en el caso concreto puede declarar de la forma más pertinente”<sup>471</sup>.

En cuanto al contenido del derecho de asistencia letrada al detenido, el TC, de forma explícita, ha indicado que “es constante nuestra jurisprudencia citada en la STC 13/2017, según la cual, tiene como función la de asegurar que los derechos constitucionales del detenido preventivo sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma<sup>472</sup>, una vez realizada y concluida en presencia de su letrado”.

Uno de los aspectos más importantes de contar con dicha defensa jurídica es que el abogado esté presente y pueda intervenir, de forma

---

<sup>470</sup> No es posible recomendar, sugerir o insinuar al detenido, la elección de un abogado predeterminado, lo cual atentaría contra la libertad de decisión para elegir la defensa jurídica que se considere más oportuna.

<sup>471</sup> ROXIN, C.: La evolución de la política criminal, en *El Derecho penal y el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 131 y 132.

<sup>472</sup> STC 21/2018 de 5 de marzo Fundamento Jurídico 4. Citando, el TC, entre otras, las siguientes: 196/1987, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; 252/1994, de 19 de septiembre, Fundamento Jurídico 4, 229/199, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 2, y 199/2003 de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 4.

efectiva, durante las diligencias del interrogatorio. Sobre este aspecto, opina GIMENO SENDRA<sup>473</sup> que “una vez finalizado el interrogatorio por la policía, puede solicitar su ampliación, hacer consignar en el acta cualquier incidencia y, una vez concluido el mismo, si el detenido estuviera en régimen de incomunicación, puede entrevistarse reservadamente con su patrocinado conforme lo dispone el artículo 520.6 d)”<sup>474</sup>. Es decir, defender al detenido.

Sobre la intervención y presencia del abogado, entiende QUERALT JIMÉNEZ que “el letrado, a quien le corresponde verificar, de acuerdo a su leal saber y entender, sí y cómo se ha dado cumplimiento por la Policía a los derechos del detenido, sea cual fuera la voluntad de este. De tal suerte, se pretende garantizar que resulten indemnes tales derechos y sustraer al

---

<sup>473</sup> GIMENO SENDRA, V. / MORENILLA ALLARD, PÁGINA / TORRES DEL MORAL, A. / DÍAZ MARTÍNEZ, M... op. cit., página 428.

<sup>474</sup> El artículo 520. 6 LECR, regula la asistencia del abogado, disponiendo que esta, consistirá en: a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i). b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica. c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad. d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

detenido a la posible presión que pueda sentir por el mismo hecho de la detención, sin que ello implique prejuzgar si los agentes han ejercido presión o apremio sobre el ciudadano privado cautelarmente de libertad”<sup>475</sup>.

Por lo demás, debería permitirse una intervención más activa del abogado. En este sentido se ha manifestado CASTAÑEDA OTSU, quien afirma que “la presencia del abogado constituye una garantía para que los derechos del imputado sean respetados y que, en el transcurso de la detención, no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración. Además, tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, controlando la idoneidad y pertinencia de las preguntas o guardar silencio frente a aquellas. Asimismo, se considerará el derecho a comprobar, una vez culminada su declaración, que lo asentado en el acta corresponda fielmente con lo que se le presenta para ser firmado”<sup>476</sup>.

En cuanto al derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido, y ello de forma previa a la práctica de las diligencias, el Consejo de la Abogacía pone de relieve la necesidad de entender que, dentro de tal concepto de comunicación, había de incluirse no sólo la vía telefónica, sino también, la entrevista personal, es decir, el derecho de reunión entre abogado y cliente.

Entendemos que es de suma importancia que la duración y frecuencia de las reuniones del abogado con el detenido, se celebren, al menos, antes de cada nuevo interrogatorio, con el tiempo necesario para poder prepararlo de forma suficiente. Lógicamente, estas reuniones deben

---

<sup>475</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Asistencia letrada al detenido, 3ª edición, Atelier Penal, Barcelona, 1999, página 73.

<sup>476</sup> CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía histórica...op. cit., página 134.

producirse en la más absoluta confidencialidad, preservando la relación abogado-detenido.

En este sentido, además, ha de tenerse en cuenta la previsión especial en materia de confidencialidad dispuesta en el artículo 4 CEDH. La exigencia de privacidad se considera “imprescindible” para el ejercicio eficaz y correcto del derecho de asistencia letrada. Y, en términos generales, para el desarrollo de la defensa, constituyendo “una parte esencial del derecho a un juicio justo”<sup>477</sup>. Además, la exigencia de no “obstaculizar las comunicaciones o de acceder a ellas”, no debe ser considerada, únicamente en sentido negativo, sino que implica también una actuación positiva de las autoridades estatales a favor del cumplimiento de dicho requisito de confidencialidad<sup>478</sup>.

No obstante, en los Considerando 33 y 34 de la Exposición de Motivos de la Directiva 13/48/UE, se establece la posibilidad de excepcionar el secreto de la reunión y comunicación entre letrado y cliente, mediante el “cribado de correspondencia” y la eventual restricción de la misma, en pro

---

<sup>477</sup> Como se ocupa de poner de relieve el Considerando número 33 de la Exposición de Motivos Directiva 13/48/UE.

<sup>478</sup> El TEDH, en su jurisprudencia, ha interpretado que la confidencialidad constituye una característica fundamental en el ámbito del acceso a la asistencia letrada. A modo de ejemplo y entre muchas, sentencias dictadas en los casos; Brennan c. Reino Unido, de 16 de octubre de 2001, (FJ 38 y siguientes), así como Öcalan c. Turquía, de 12 de mayo de 2005, (FJ 133 y siguientes). En ambos casos la restricción de la confidencialidad, entre Letrado y detenido, supuso una disminución, casi total, de las posibilidades de defensa del recurrente.

Sin embargo, ello no significa que la misma no pueda ser objeto de restricciones, siempre y cuando sean proporcionadas, y no supongan una reducción a la nada de las posibilidades de defensa del detenido. Otro ejemplo interesante lo constituye el Asunto Zagaria v. Italia, en el que el TEDH estimó violación del artículo 6.3.c) CEDH, por haber tenido lugar la escucha telefónica, de la conversación mantenida por parte del recurrente con su abogado, desde el centro penitenciario en el que se encontraba el primero.

del “mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

Al respecto, RODRÍGUEZ RAMOS señala que “también la legislación nacional de Derecho procesal penal, establece límites a dicha exigencia de confidencialidad y así, a modo de ejemplo, la lectura del artículo 527 LECR restringe el derecho a la “entrevista reservada” previsto en el artículo 520.6.c) LECR para las modalidades de detención y prisión provisional incomunicada en los supuestos del artículo 509 LECR”<sup>479</sup>.

Ahora bien, debemos advertir que el TC ha considerado legal la detención sin asistencia letrada, indicando que “al establecer tal derecho, el artículo 118 LECR plasma una exigencia constitucional. Sin embargo, el derecho de defensa que consagra la Constitución Española, no resulta violado simplemente porque se haya recibido una declaración en sede policial sin la presencia de abogado, pues, como expresa el texto constitucional, la asistencia de abogado se garantiza en los términos que la ley establezca”<sup>480</sup>.

Y, de la ley procesal se deduce claramente que los actos realizados, sin la asistencia de abogado, pueden tener validez hasta que la causa llegue al estado en que necesite del consejo de aquéllos, o se haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

En este mismo sentido debe entenderse la doctrina del TC cuando declara -a tenor de la Constitución Española- que si la irregularidad no se ha invocado en su momento, la falta de asistencia letrada en la declaración

---

<sup>479</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la sentencia 196/1987, de 11 de diciembre...op. cit., páginas 520 a 543.

<sup>480</sup> STC 175/1985, de 17 de diciembre.



policial sólo podría ser relevante en la medida en que se hubiere determinado la indefensión posterior”<sup>481</sup>.

En cuanto a la diferencia existente entre los derechos a la asistencia letrada al detenido y al acusado, el TC señala que:

“el artículo 17.3 CE reconoce éste derecho al detenido, en las diligencias policiales y judiciales, como una de las garantías del derecho a la libertad, protegido por el número 1 del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 CE lo hace, en el marco de la tutela judicial efectiva, con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las sentencias 21/1981, de 15 de junio, y 42/1982, de 8 de julio y, por tanto, en relación con el acusado o investigado. Esta doble proyección constitucional, no constituye la originalidad de nuestra CE, sino de un sistema que, guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque deba adelantarse que, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales (...)”<sup>482</sup>.

Su inobservancia, en cumplimiento con lo que establece el –ya citado– artículo 11.1 LOPJ, nos lleva a declarar nulas las pruebas obtenidas con violación del referido derecho fundamental<sup>483</sup>. Circunstancia ésta que ya habíamos advertido.

Por último, llamar la atención sobre la excepcionalidad de su restricción, ya que se trata de un derecho que sólo puede verse suspendido

---

<sup>481</sup> STC 94/1983, de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico 1.

<sup>482</sup> STC 196/1987, de 11 de diciembre, con relación al artículo 527.a) de la LECR

<sup>483</sup> Aplicando este principio, la Sala Penal del TS, anuló, con la sentencia, de 11 de noviembre de 1994, la pena de treinta años de reclusión mayor impuesta al autor de un delito de robo con homicidio.

cuando se declare el estado de sitio. Tal y como se prevé en el artículo 55.1 CE<sup>484</sup>.

Por lo tanto, estamos ante un derecho indisponible, excepto en dos supuestos.

Por una parte, en los delitos contra la seguridad del tráfico. El artículo 520.5 LECR<sup>485</sup> establece que el detenido podrá rechazar la asistencia de abogado, solo en casos en los que la detención sea por hechos que puedan ser tipificados como delitos contra la seguridad del tráfico, exigiendo con carácter previo que se le facilite información clara, suficiente y en un lenguaje sencillo, del contenido y las consecuencias de la renuncia.

---

<sup>484</sup> Artículo 55 CE “los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”.

<sup>485</sup> El artículo 520.5 LECR, señala que “el detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho. La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio. Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio. El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente”.

Conforme a la modificación que introdujo la Directiva 2012/13/UE, el detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento<sup>486</sup>.

Y, por otra, que transcurridas tres horas desde de la comunicación y solicitud realizada al Colegio de Abogados, no compareciese injustificadamente letrado alguno en el lugar donde el detenido se encontrase, entonces, en ese caso, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento del detenido, si éste lo consintiere – artículo 520.5 LECR-. Siendo ésta una excepción a la regla general y solo para ese acto puntual. Posibilidad que constituye un mandato legal.

Sin embargo, entendemos que no habría de existir dicha posibilidad excepcional de disposición, incluso en el caso de que sea el propio detenido el que voluntariamente se preste a ello. Es posible que, en esos momentos, el sujeto no se encuentre en un estado anímico que le proporcione la lucidez suficiente para ser consciente de las consecuencias de dicha decisión. Incluso en una gran cantidad de supuestos, el desconocimiento del derecho le impedirá visualizar las repercusiones –a corto, medio y largo plazo- de su declaración e información proporcionada.

### **3.1.8.- Presencia e intervención del abogado.**

Evidentemente, la presencia y consiguiente intervención del abogado defensor, ha de comenzar con la comunicación de la detención al abogado

---

<sup>486</sup> El artículo 520.8 LECR, establece la posibilidad de que “el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento”.

que asistirá en dependencias policiales al detenido. Aunque sorprendentemente, no se establece un estricto plazo legal para ello.

Su actuación resulta fundamental en la tutela del cumplimiento de los plazos establecidos por el artículo 520.1 LECR<sup>487</sup> y la necesidad de que en el atestado se indique expresamente el lugar y la hora: de la detención; de la puesta a disposición judicial, o en su caso, de la puesta en libertad.

Respecto de la normativa europea, señalar que, por un lado, el derecho a la asistencia letrada, también se dispone en el artículo 3 Directiva 2013/48/UE, en el que se apunta que el sospechoso o acusado, tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada<sup>488</sup>:

Y, por otro, la Directiva 2016/1919/UE establece en su artículo 4.5 que los Estados miembros velarán porque la asistencia jurídica gratuita se conceda de inmediato y, en todo caso, con anterioridad al interrogatorio que realice la policía o autoridad judicial o, antes de que se efectúen las investigaciones o los actos de obtención de pruebas a que se refiere el artículo 2. 1. c) de dicha Directiva<sup>489</sup>.

---

<sup>487</sup> Tiempo estrictamente necesario para las investigaciones y, en todo caso plazo máximo de setenta y dos horas.

<sup>488</sup> Antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otros miembros de las FCSE o autoridades judiciales; en el momento en que las autoridades de instrucción u otras competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas (en orden con el artículo 3. 3. c); sin más dilación tras la privación de libertad y, finalmente, con la suficiente antelación antes de que el sujeto citado a personarse ante el tribunal competente, se persone ante él.

<sup>489</sup> Artículo 2. 1. c) Directiva 2016/1919/UE “la presente Directiva se aplicará a los sospechosos o acusados en los procesos penales que tengan derecho a asistencia de letrado con arreglo a la Directiva 23/48/UE y que: deban o puedan asistir a un acto de investigación o de obtención de pruebas, incluidos, como mínimo, los siguientes: ruedas de reconocimiento, careos, y reconstrucciones de los hechos”.

Por lo tanto, en virtud de las normas referidas, no está legalmente establecido un plazo concreto para la notificación al detenido al abogado designado. La normativa, simplemente se limita a señalar una serie de actuaciones que no pueden practicarse si no es en presencia letrada y, en cualquier caso, se precisa su intervención ante cualquier mínima diligencia y ello, lógicamente, antes de la finalización del plazo de setenta y dos horas.

El sentido común aconseja que la comunicación con el letrado sea desde el primer instante. Sin embargo, en la práctica diaria es frecuente el transcurso de horas entre la detención y la presencia del abogado, lo que sitúa al sujeto detenido en una posición de cierta indefensión por falta del correspondiente asesoramiento legal. Los agentes instructores suelen excusarse con el argumento de que durante ése periodo de tiempo no se han llevado a cabo diligencias de investigación que exijan la presencia letrada. Pero tengamos en cuenta que la propia detención puede ser utilizada como arma coactiva para la intimidación del sujeto, y ello quebranta los derechos a la defensa y a la libertad personal.

Como estamos viendo, no solo la violación de los derechos o garantías del detenido, o la prolongación injustificada de la detención, sino también la falta de asistencia letrada<sup>490</sup>, es susceptible de implicar la comisión del delito de detención ilegal cometida por funcionario público de los artículos 167 y 530 CP<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> Respecto a la falta de asistencia letrada, el TC en su sentencia 110/1994, de 11 de abril, dispuso que para que la falta de ésta provoque una indefensión formal y material que implique la conculcación del artículo 24.2 CE, “es necesario que, además, la inasistencia letrada haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente (SSTC 161/1985 y 162/1993)”.

<sup>491</sup> Recordemos que los presupuestos necesarios para la comisión del tipo penal del artículo 530 CP serían: como sujeto activo, la autoridad o funcionario público (en atención al artículo 24 CP, nos encontraríamos ante una delito especial propio); que

### **3.2.- Derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable**

Estos derechos no han sido recogidos expresamente en la mayoría de las Constituciones de los países de nuestro ámbito cultural y jurídico. E incluso cabe señalar que no han sido incluidos en los convenios o pactos internacionales clásicos, si bien, como excepción a la regla general, hemos de apuntar que el artículo 14.3.g) PIDCP establece expresamente que el detenido o investigado “no puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable”.

La posterior evolución en el Derecho penal de un sistema de enjuiciamiento inquisitivo, a un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, significó que el detenido dejase de ser el objeto del proceso y ser considerado una posible prueba, a convertirse en sujeto y en una parte del proceso.

Como es conocido, en el artículo 520.2 LECR se dispone que el detenido posee el derecho: a guardar silencio, no declarando si no lo desea, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez; a no declarar contra sí mismo y

---

“medie” causa penal por delito; que la acción radique en realizar o prolongar una privación de libertad; que exista detenido, preso o sentenciado, como sujeto pasivo; que haya violación de plazos o garantías legales o constitucionales y, por último, que exista dolo, puesto que de lo contrario, estaríamos ante una imprudencia grave que nos abocaría a la aplicación del artículo 532 CP<sup>491</sup>. La estructura penal del tipo, muestra que es imprescindible que medie causa por delito<sup>491</sup> en el momento en el que la privación de libertad es ejecutada, configurándose como uno de los elementos que singulariza el tipo objetivo del artículo 530 CP.

a no confesarse culpable <sup>492</sup>. Por ello, el detenido puede optar entre: contestar solo a las preguntas que considere oportunas, manifestar que tan sólo prestará declaración ante la autoridad judicial o, sencillamente, guardar silencio.

Es decir, es una consecuencia lógica derivada de la vigencia del principio de presunción de inocencia que se establece en el artículo 24.2 CE. convirtiéndose éste en el precepto que proporciona cobertura jurídica al detenido para negarse a declarar contra sí mismo o, a no confesarse culpable, lo que implica que el detenido tendrá la posibilidad de adoptar una posición activa y otra pasiva.

En cuanto a la primera, el detenido puede realizar la defensa por sí mismo, negando o rechazando las premisas de hecho de la acusación. La declaración del detenido constituye un medio de defensa, a la vez que fuente o elemento de prueba. sirve como un instrumento idóneo de defensa.

A este respecto, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA afirma que “el derecho de defensa se ejerce por dos sujetos, es decir, por el propio encausado y por su abogado. No obstante, en el ejercicio de su derecho de autodefensa o adoptando una línea de ausencia de la misma, el investigado puede ejercer su defensa sin proveerse de abogado, cuya intervención se hará imprescindible desde el momento en que una norma procesal así lo disponga, en este caso, por razones de orden público o de interés institucional, pero sin una conexión necesaria con los intereses del encausado”<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> Como es sabido, el artículo 406 LECR determina que la confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción –del mismo modo que a los agentes encargados de las diligencias de investigación–, de realizar todas las investigaciones necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.

<sup>493</sup> IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M.: La investigación preliminar del Ministerio Fiscal, editorial Aranzadi, Navarra, 2001, página 259.

Y, por lo que respecta a la actitud pasiva, el detenido puede guardar silencio de forma sistemática o alternativa, tomando cualquier modalidad que constituya una posición pasiva frente a la imputación. Esta puede ser la negativa expresa o tácita a aportar elementos o medios de prueba, o el rechazo a su exhibición. Este es el contenido garantizado por el derecho a la no incriminación. Así, la defensa pasiva<sup>494</sup> permite guardar silencio al detenido, o si se quiere a tomar una posición de barrera frente a las acusaciones formuladas en contra de él. Esto adquiere especial relevancia cuando se prohíbe cualquier tipo de imposición en su contra, concretamente en lo referido a la aportación de elementos de prueba que le generen o produzcan un propio perjuicio.

Al respecto GUDE FERNÁNDEZ sostiene que “tradicionalmente, no se reconocían, ni al detenido, ni tampoco al acusado, porque se entendía que éstos se encontraban en la obligación de colaborar en la investigación de la verdad, aún a costa de verse obligados a declarar contra sí mismos y confesarse culpables de los hechos delictivos cometidos”<sup>495</sup>.

En opinión de PORTILLA CONTRERAS “la garantía regulada en el artículo 520 LECR, permite, y faculta al detenido a mentir, siempre que de ese modo evite la confesión de culpabilidad (así se deduce de las SSTs de 15 de junio de 1984 y 12 de junio de 1984)”<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Sobre ello dispone el TC que las “garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”. STC 229/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>495</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A. Los derechos del detenido...op. cit., página 261.

<sup>496</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica ilegal...op. cit., páginas., 303 a 304,



Al sujeto detenido no se le puede exigir, bajo condición, amenaza, o en modo alguno, la prestación de declaración<sup>497</sup>, teniendo en todo momento, derecho a permanecer en silencio<sup>498</sup>.

En relación con ello, BARONA VILAR entiende que “si no declara en sede policial, nos encontraremos en el supuesto del artículo 17.3 CE; mientras que si el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, lo reclama en condición de acusado -en sede judicial- el fundamento es el artículo 24.2 CE”<sup>499</sup>.

Veámos que el derecho a guardar silencio implica que no puede ser obligado a declarar. Ello incluye que los efectivos policiales no pueden ejercer presión, de tipo alguno, para obligar a que lo haga. Es decir, ya no se cuenta exclusivamente con una actitud pasiva propia del detenido que comporta su derecho a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable, sino que se busca impedir una postura activa de los agentes intervinientes, para que obliguen a declarar al detenido. El silencio constituye, en sí mismo, una de las posibles estrategias defensivas del

---

<sup>497</sup> Y ello, sea con la presencia de su abogado defensor o sin ella. En relación con el silencio coincidimos con SERRANO ALBERCA cuando señala que “a nadie se le puede imponer la obligación de condenarse a sí mismo, ni de facilitar la prueba de su delito”. SERRANO ALBERCA, J. M.: Comentario al artículo 17 CE, en Comentarios a la Constitución, 2ª Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1985, página 322.

<sup>498</sup> El artículo 17.3 CE reconoce el derecho a no ser obligado a declarar, el cual puede darse en dos momentos; en dependencias policiales y si se le reclama en condición de acusado, en el procedimiento penal correspondiente.

<sup>499</sup> BARONA VILAR, S.: Garantías y Derechos de los detenidos, en Derechos Procesales Fundamentales, Manuales de formación continuada N° 22, Consejo General del Poder Judicial, 2004, páginas 51 a 100.

investigado o, en su momento, puede significar la futura elección de dicha táctica<sup>500</sup>.

Respecto a lo anterior, PORTILLA CONTRERAS sostiene que “esta garantía ha sido y sigue siendo conculcada mediante la práctica policial, en la que se sostiene que la posibilidad legal del silencio no implica licitud, y por tanto, que el detenido que se negare a ello debería responder de los perjuicios que causare”<sup>501</sup>. En este sentido, en la actualidad, no nos atreveríamos a realizar una afirmación tan categórica, sin embargo; el conocimiento superficial de la ley, su interpretación errónea o un cierto “temor reverencial” del detenido hacia los agentes de la autoridad intervinientes, posibilitan que el derecho a guardar silencio, no sea respetado y preservado con la pulcritud y exigencia que correspondería.

De los derechos recogidos en el 520 LECR, CLIMENT DURÁN considera que la importancia de esta garantía reside en el hecho de que se trata de un freno o control para cualquier desvío, mayoritariamente policial, dirigido a buscar la confesión del detenido, utilizando para ello, mecanismos violentos o contrarios a la dignidad humana<sup>502</sup>.

El TC subraya que estos derechos “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa<sup>503</sup>, al que prestan cobertura

---

<sup>500</sup> La LECR regula la declaración de los detenidos en sus artículos 385 a 409 bis. Y por lo que respecta al derecho a no auto-incriminarse, podemos señalar que se trata de una garantía constitucional que se desprende del derecho de defensa y, a su vez, a tenor de lo establecido en el artículo 520.2.a) tiene dos aspectos. Por una parte, ostenta el derecho a guardar silencio que hemos visto anteriormente. Y, por otra parte, tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

<sup>501</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica ilegal...op. cit., páginas 303 y 304,

<sup>502</sup> CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 252.

<sup>503</sup> STC 229/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 3, y también recogido en las sentencias del TC: 36/1983 de 11 de mayo, Fundamento Jurídico 2, 127/1992 de

en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce, precisamente, con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”<sup>504</sup>.

Asimismo, afirma el Alto Tribunal que los citados derechos “entroncan, también, con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia; la que sitúa la carga de la prueba en la acusación; esta carga no se puede trucar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación”<sup>505</sup>.

Y continúa señalando que, “el derecho a no auto-incriminarse, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebidamente ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6 CEDH” <sup>506</sup>. En esta línea -declara el TEDH- “el derecho está

---

28 de septiembre, Fundamento Jurídico 2, y 197/1995 de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico 6.

<sup>504</sup> En estos mismos términos se pronuncian las sentencias del TC: 197/1995 de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico 6, 161/1997 de 2 de octubre, Fundamento Jurídico 5, 229/1999 de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 3 b), 127/2000 de 16 de mayo, Fundamento Jurídico 4 a), y 67/2001 de 17 de marzo, Fundamento Jurídico 6.

<sup>505</sup> STC 161/1997, de 2 de octubre, Fundamento Jurídico 5.

<sup>506</sup> El TEDH posee, sobre ello, extensa jurisprudencia entre la que podemos señalar las siguientes:

- STEDH Asunto J.B. y otros v Suiza, Sentencia 31827/96, de 3 de mayo de 2001.
- STEDH Asunto John Murray y otros v. Reino Unido, Sentencia 18731/91, de 8 de febrero de 1996.

estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio”<sup>507</sup>.

Sobre lo anterior, el TC -en su análisis de la doctrina del TEDH<sup>508</sup>- continúa argumentando que “ante la existencia de ciertas evidencias objetivas, aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, *la omisión de explicaciones, acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, puede utilizarse*

- 
- STEDH Asunto Saunders y otros v. Reino Unido, Sentencia 19187/91, de 17 de diciembre de 1996.
  - STEDH Asunto Serves y otros v. Francia, Sentencia 20225/92, de 20 de octubre de 1997.
  - STEDH Asunto Heaney, McGuinness, y otros v. Irlanda, Sentencia 34720/97, de 21 de diciembre de 2000.
  - STEDH Asunto Quinn y otros v. Irlanda, Sentencia 36887/97, de 3 de mayo de 2001.
  - STEDH Asunto Weh y otros v. Austria, Sentencia 38544/97, de 8 de abril de 2004.
- <sup>507</sup> STEDH Asunto Saunders y otros v. Reino Unido, Sentencia 19187/91, de 17 de diciembre de 1996, y en el mismo sentido las siguientes resoluciones:
- STEDH Asunto Heaney y McGuinness, y otros v. Irlanda, Sentencia 34720/97, de 21 de diciembre de 2000.
  - STEDH Asunto Quinn y otros v. Irlanda, Sentencia 36887/97, de 3 de mayo de 2001.
  - STEDH Asunto Weh y otros v. Austria, Sentencia 38544/97, de 8 de abril de 2004.

<sup>508</sup> El Alto Tribunal en su sentencia 26/2010 destacó tras el análisis de la doctrina creada por el TEDH en el Asunto Murray que “según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada (...) del TEDH, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa, ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas inculpativas objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”.

por el Juzgador para fundamentar la condena<sup>509</sup>, a no ser que la inferencia no estuviese fundada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria<sup>510</sup>. Y añade, por último, “tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero al igual que la futilidad del relato alternativo auto-exculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado”<sup>511</sup>.

En cuanto a la posición adoptada por el propio TEDH, éste ha declarado que, aunque no esté expresamente mencionado en el CEDH, es inherente a la noción de proceso justo, -artículo 6 CEDH- el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Lo cual, a nuestro juicio, es absolutamente extrapolable al sujeto detenido preventivamente.

Del mismo modo, ha remarcado que no son actitudes neutras, ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra. Indicando también que la cuestión a dirimir en cada supuesto particular, es la de si la prueba aportada por el acusador es suficiente y sólida para exigir una respuesta. No puede concluirse que el detenido sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio y viceversa<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> En esta línea, la Sala 2ª del TS, en su sentencia de 2 de junio de 2016, abordó, la sentencia *supra* referida, del TEDH, de 8 de febrero de 1996 (conocida como el Asunto Murray) en la que se enjuició el caso de un sujeto que había sido detenido, por los delitos de pertenencia a la organización terrorista y otros delitos como, detención ilegal de una persona y conspiración para el asesinato. En esa ocasión, el detenido y procesado guardó silencio durante su interrogatorio, permaneciendo sin asistencia legal las primeras 48 horas. En el juicio permaneció con idéntica actitud de guardar silencio. Por lo que, el Tribunal, lo condenó, valorando las pruebas presentadas por la fiscalía y dada la falta de declaración alguna por parte del acusado.

<sup>510</sup> SSTC 202/2000 de 24 de julio; y 155/2002, de 22 de julio.

<sup>511</sup> STC 155/2002, de 22 de julio, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre.

<sup>512</sup> El silencio no puede sustituir a la ausencia de suficientes pruebas de cargo. Por lo tanto, con independencia de la realización o no de declaración, la acusación deberá

Prosigue el TEDH señalando que únicamente en los supuestos en que la prueba obrante -en contra del acusado-, le sitúe en una posición en la que se le pueda exigir una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir extraer la conclusión de que no ha habido aclaración deduciendo la culpabilidad del encausado. Por el contrario, si la acusación no ha aportado pruebas sobradamente contundentes como para exigir una respuesta, la falta de esclarecimiento no debe ser suficiente para deducirse una declaración de culpabilidad.

### **3.3.- Derecho al reconocimiento médico**

El apartado “g” del artículo 520.2 LECR dispone que el detenido tiene derecho a ser examinado por un médico, preferentemente forense o quien le sustituya legalmente y, en el supuesto de imposibilidad de cualquiera de ellos, podrá ser explorado por el facultativo de la institución en que se encuentre o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

Este derecho no es mencionado expresamente por la Constitución Española<sup>513</sup> como uno de los existentes en el momento de la detención,

---

probar la existencia de pruebas de cargo de la comisión del ilícito penal. En ese supuesto, si a la vista de las pruebas, el detenido no proporciona suficientemente explicaciones auto-exculpatorias o no contesta, el silencio puede ser considerado como aprobación de su culpabilidad.

<sup>513</sup> Por otra parte, como es sabido, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española reconoce, se interpretarán de conformidad con la DUDH, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

pero se deduce del análisis del contenido del artículo 10 CE<sup>514</sup>. También se encuentra en conexión directa con el mandato establecido por el artículo 15 CE, disponiendo que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral -trípode vital al que nos referíamos al principio del trabajo-<sup>515</sup>.

Al respecto GARCÍA MORILLO opina que “supone una obvia garantía ante todo posible maltrato, puesto que quedará constancia del estado de salud en que ingresó en la unidad policial, lo cual permite la comparación con su estado físico al abandonar dichas dependencias<sup>516</sup>.”

La ley no concreta cuándo se debe realizar el reconocimiento médico. Sin embargo, GONZÁLEZ AYALA afirma que “tiene sentido que se efectúe en dos momentos: el primero, inmediatamente después de producirse la detención y antes de que se proceda a tomar declaración al detenido, ello para verificar el correcto estado físico del sujeto y, en el segundo, antes de la entrega del detenido a la autoridad judicial o de su puesta en libertad, con el fin de asegurar la inexistencia de torturas o malos tratos”<sup>517</sup>.

En cuanto a la presencia e intervención del médico forense, este hecho no excluye o posterga que pueda personarse el juez de instrucción en las dependencias policiales, finalizando con ello, inmediatamente, las diligencias de investigación, y se pondrá al detenido a disposición judicial,

---

<sup>514</sup> El artículo 10 CE dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>515</sup> De este modo, dicho precepto está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3 CEDH “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” y en el artículo 7 PIDCP “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

<sup>516</sup> GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad personal... op. cit., páginas 136 y 137.

<sup>517</sup> GONZÁLEZ AYALA, M. D.: Las garantías constitucionales de la detención, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

conforme lo dispone el artículo 286 LECR<sup>518</sup>, o podrá el juez requerir la “manifestación” del detenido en el supuesto de que se haya interpuesto demanda de procedimiento de *habeas corpus*.

### **3.4.- Derecho a comunicar la detención a un tercero.**

Se refiere normalmente a un familiar u otra persona que el detenido designe, al que se le informa de la detención y, además, cuál es el lugar en que se encuentra recluido en cada momento. Es un derecho que asiste a todas las personas <sup>519</sup>, independientemente de su nacionalidad o procedencia<sup>520</sup>.

Los extranjeros tendrán, además, derecho a que se efectúe tal aviso a la Oficina Consular de su país<sup>521</sup>. Por lo tanto, en su caso, el artículo

---

<sup>518</sup> Artículo 286 LECR, “cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier Autoridad o agente de policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese”.

<sup>519</sup> Se trata de un derecho que representa una obligación para las FCSE, el Ministerio Fiscal o autoridad judicial, cuando el detenido sea un menor de edad o incapacitado. Dicha comunicación ha de realizarse de oficio, aunque sea en contra de la voluntad del menor o incapacitado que ha sido detenido.

<sup>520</sup> En esta línea nos encontramos con REBATO PEÑO, quien mantiene que “la comunicación, en caso de que el detenido sea un ciudadano español, debe efectuarse a un familiar o cualquier persona que el privado de libertad señale, si el detenido es extranjero, se notificará también a la Oficina Consular de su país”. REBATO PEÑO, M. E.: La detención desde la Constitución... op. cit., página 237.

<sup>521</sup> Es importante destacar que el artículo 7.1 Directiva 13/48/UE bajo la rúbrica de “derecho a la comunicación con las autoridades consulares”; dispone la obligación de los Estados miembros de la UE de procurar la información, de nuevo, “sin demora injustificada” y “si así lo desea”, “a las autoridades consulares del Estado del que sea nacional” pudiendo elegir entre cuáles deban ser estas, para el caso de que el



520.2.g) reconoce el derecho a ser visitado, a comunicarse con las autoridades consulares de su país y a mantener correspondencia con ellas, frente a la regulación anterior que se limitaba a exigir que la detención y lugar de custodia se pusieran en conocimiento de dicha Oficina Consular<sup>522</sup>.

Debe procederse de oficio cuando el detenido sea menor o persona discapacitada necesitada de especial protección. Se exige informar de la detención a la persona que ostente la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho y, en caso de no encontrarse ninguna de ellas, se dará noticia de la detención al Ministerio Fiscal.

Este derecho es de especial transcendencia, porque permite realizar un control de legalidad de la detención por parte de las personas legitimadas para interponer la petición del *habeas corpus*; el cónyuge o persona unida por relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

En la normativa anterior se reconocía, simplemente, el derecho a comunicar el hecho de su detención y el lugar de custodia a la persona que designara el detenido. El apartado 520.2.f) LECR lo amplía. Reconoce la comunicación directa del detenido, disponiendo para ella determinadas condiciones, por ejemplo, la presencia de un agente de policía o del funcionario que designe el Juez o el Ministerio Fiscal.

---

imputado extranjero posea dos o más nacionalidades y a las que se pondrá sobre aviso del ejercicio de posterior derecho a la comunicación.

<sup>522</sup> El artículo 520. 3 LECR establece que “si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse”.

La Ley no impone la forma en que se debe cumplir este derecho, sin embargo, tal comunicación puede darse de forma oral, escrita, o telefónica. Esto se entiende a través de los medios que permitan cumplir con esta finalidad y dejando constancia de su cumplimiento -artículo 520. 2. f) LECR-.

La Directiva 2013/48/UE, en cuanto a la comunicación se refiere<sup>523</sup>, señala que la ordenación de estos derechos se realiza en los artículos 5 a 7 CEDH<sup>524</sup>. Se afirma textualmente, que “todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad será informado, sin

---

<sup>523</sup> Ciertamente, en el caso concreto que nos ocupa, no existe en los artículos 5 a 7 CEDH una regulación específica, respecto de los supuestos de detención ilegal cometida por funcionarios públicos.

<sup>524</sup> En cuanto al derecho de información, el artículo 5 CEDH dispone, con carácter general, que el investigado que sufre, como medida cautelar, la privación de su libertad personal, tiene el derecho a que resulte informado un tercero de tal privación. Ello sin demora injustificada; entendiéndose por tal tercero a la persona que él mismo designe y pudiendo ser, aunque no de una manera imprescindible, un familiar o empleador. Por supuesto, y en todo caso, “si así lo desea” el detenido.

Al respecto del derecho de comunicación, el artículo 6 CEDH regula la obligación de los Estados miembros y el derecho del imputado a comunicarse con terceros, considerando por tal un “tercero de su elección, por ejemplo un familiar”; derecho de comunicación que, también, ha de garantizarse “sin demora injustificada” pero el que igualmente podrá ser limitado o aplazado por “razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado” sin que resulten especificadas, aquí y ahora, cuáles pueden ser éstas.

Y, por su parte, el artículo 7 CEDH establece un régimen especial, disponiendo así el derecho de comunicación que los extranjeros poseen con las autoridades consulares. El cual se materializa de forma expresa en sucesivos derechos, tales como los de visita, conversación, correspondencia y ejercicio de representación legal por parte de dichas autoridades consulares respecto del imputado, si éste así lo desea y ellas están de acuerdo, en virtud del punto dos del aludido artículo. Finalmente, el punto tercero del artículo 7 CEDH remite a la normativa de derecho interno, en lo que respecta a su desarrollo y práctica, ello en manifestación del derecho de comunicación del investigado con las autoridades consulares, siempre y cuando resulte asegurado el cumplimiento del propósito previsto.

demora, que tiene derecho a avisar al menos a una persona, por ejemplo, a un familiar o al empleador, de su privación de libertad, quedando entendido que ello no deberá perjudicar el buen desarrollo del proceso penal. Además, todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad personal en un Estado miembro de la Unión Europea, distinto del Estado del que sea nacional, será informado de que tiene derecho a advertir a las autoridades consulares competentes de su privación de libertad”.

Hoy en día puede hablarse, en sentido literal, de la existencia, al menos, de dos derechos diferenciados; a la información al detenido y a la comunicación a terceros.

Por último, llegados a este punto, como mencionábamos en su momento, es necesario recordar que el artículo 520 bis 2 LECR reconoce una exclusión a la comunicación a terceros de la detención para aquellos detenidos que sean sospechosos de pertenecer a bandas armadas, por lo que, en estos supuestos, el Juez podrá decretar la incomunicación, circunstancia ésta que pasamos a desarrollar.

#### **3.4.1.- Los derechos del detenido en situación de incomunicación.**

La LECR establece en su artículo 520 bis que “toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el

Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga, se adoptarán en resolución motivada”.

A lo que añade en el punto segundo que “detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas”.

Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

Por lo que la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido viene recogida en el artículo 527 LECR, el cual establece que en los supuestos previstos en el artículo 509 LECR, el detenido o preso, podrá ser privado de designar un letrado de su confianza, comunicarse personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense; reunirse reservadamente con su abogado; acceder él o su abogado a las actuaciones, excepto a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Por ende, estamos ante una medida, excepcional que debe ser motivada.

Será acordada mediante Auto<sup>525</sup>. Cuando sea solicitada por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán establecidas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas, por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre

---

<sup>525</sup> El Auto por el que sea decretada deberá señalar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto por el artículo 509 LECR. La incomunicación se producirá desde el mismo instante en que se realice dicha solicitud, lo que supondrá el completo aislamiento del detenido.

la solicitud, así como sobre la pertinencia de decretar el secreto de las actuaciones<sup>526</sup>.

Recordemos que el citado artículo 509 LECR<sup>527</sup> prevé los requisitos necesarios para decretar la incomunicación, que durará el tiempo estrictamente necesario y no podrá extenderse más allá de cinco días. Si la prisión se acuerda por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis (por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) u otros delitos cometidos

---

<sup>526</sup> Apunta el TC, en su sentencia 196/1987, de 12 de diciembre. Fundamento Jurídico 7 que, “la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, puedan hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación, sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta, propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión”.

<sup>527</sup> Artículo 509 LECR. “1. el juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. 2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. 3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida. 4. En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años.

concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días<sup>528</sup>.

De igual modo, una disposición específica al respecto la constituye el artículo 510.4 LECR que establece que el preso sometido a incomunicación, que así lo solicite, tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el Juez o Tribunal competente para conocer de los hechos.

Los reconocimientos médicos al detenido incomunicado se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según el oportuno criterio facultativo<sup>529</sup>.

Por otra parte, no podrá informarse de la detención ni a los familiares del detenido, ni a persona alguna. El detenido en situación de incomunicación, no podrá recibir visitas o correspondencia de cualquier tipo. Le asistirán los derechos establecidos en el artículo 520 LECR, pero limitados por lo establecido en el artículo 527 LECR. Es decir, la situación de incomunicación constituye una limitación del derecho a la asistencia letrada recogida como una de las garantías consagradas en el artículo 17.3 CE, en la medida en que supone, la imposibilidad de nombrar letrado de libre designación o de entrevistarse de forma reservada con el abogado nombrado de oficio,

---

<sup>528</sup> En estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desarrollo ulterior de la investigación o de la causa, ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de 72 horas. Se establece el control judicial de la incomunicación o, en su caso, de la prórroga. Estas decisiones deben estar debidamente razonadas.

<sup>529</sup> Artículo 527.3 LECR.

El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos.

Sobre la finalidad de la incomunicación, insistimos en que es evitar o disminuir, en lo máximo posible, la pérdida, encubrimiento o eliminación de las pruebas susceptibles de inculpación del detenido y los autores, cómplices, encubridores y toda persona que de algún modo participe en cualquier tipo de terrorismo u organizaciones o grupos criminales.

La doctrina también considera que el propósito va dirigido a reducir el riesgo de posibilidades de deterioro, pérdida u ocultación de fuentes y medios de prueba fundados en la sospecha de confabulación que pudiera existir entre los comunicantes para tales fines. Se trata de alcanzar una mayor eficacia en la lucha jurídica frente al fenómeno terrorista y de la criminalidad organizada. En este sentido opinan GÓMEZ COLOMER<sup>530</sup> y RODRÍGUEZ RAMOS<sup>531</sup>.

El TC ha manifestado que “la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano”<sup>532</sup>, por lo que no resulta de aplicación la doctrina de, “negada la libertad, no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, medidas que son sólo modificaciones de una detención legal, puesto que la libertad personal admite variadas formas de restricción en atención a su diferente grado de intensidad”<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L.: La exclusión de abogado defensor de elección en el proceso penal, Barcelona, 1989, páginas. 23 y 139.

<sup>531</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Detención, incomunicación y...op. cit., páginas 520 y siguientes.

<sup>532</sup> STC 196/1987, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 5.

<sup>533</sup> STC 127/2000, de 16 de mayo, Fundamento Jurídico 3.

Ante el hecho de no poder nombrar abogado de libre designación, y que ello pudiese atentarse contra el derecho a la asistencia letrada, el TC se pronunció al respecto declarando la constitucionalidad del 520 LECR, y subrayando que la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su letrado, tiene un lugar destacado en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada, por lo tanto, la libre designación de éste, viene integrada en el ámbito protector del derecho.

Sin embargo, en el caso de la detención, y especialmente en las primeras diligencias policiales, la asistencia de abogado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 520 LECR, responde a la finalidad de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a la firma.

En esta línea, el Alto Tribunal apunta que estas circunstancias características de la situación del detenido, unidas a que el artículo 17.3 CE habilita al legislador a establecer los términos del derecho de asistencia letrada del mismo<sup>534</sup>, sin imponerle formas concretas de designación conducen a entender que la relación de confianza, aun conservando cierta

---

<sup>534</sup> En relación a estas limitaciones, según el criterio del TC, no es inconstitucional la limitación al derecho de asistencia legal ni a las entrevistas reservadas, en tanto existe un interés de protección del Estado a la sociedad y el favorecimiento a la seguridad frente a dicha libertad, cuando concurren motivos fundados, teniendo dicha restricción una duración temporal.



importancia, no alcanzan, sin embargo, la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho<sup>535</sup>.

En interpretación del TC, la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada no estriba en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado que preste apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención. Y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación.

Su argumentación se fundamenta en la jurisprudencia del TEDH<sup>536</sup>, donde se sostiene que la libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de abogado de oficio no hace irreconocible o impracticable el derecho, ni lo despoja de la necesaria protección.

Sin embargo, constituye una indudable restricción del derecho que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no solo que respeten su contenido esencial, sino también, que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen<sup>537</sup>.

Decisiones posteriores del TC avalan esta postura, teniendo en consideración la gravedad de los delitos de terrorismo, y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> STC 196/1987, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico 5.

<sup>536</sup> STEDH Asunto Artico v. Italia, Sentencia 6696/74, de 13 de mayo de 1980.

<sup>537</sup> STC 196/1987, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 7.

<sup>538</sup> STC 127/2000, Fundamento Jurídico 3 y STC 7/2004, Fundamento Jurídico 5.

En ese sentido, ha expuesto que “las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. Así, deben constar los indicios de los que deducir la vinculación de la persona incomunicada con los hechos investigados, deben exteriorizarse de alguna forma que resulta fijado los extremos que permitan la ponderación judicial acerca de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma”<sup>539</sup>.

En suma, la LECR concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que puedan ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta.

### **3.5.- Derecho a un intérprete**

Así lo dispone la LECR en su artículo 520. 2. h) cuando el detenido, por sí mismo, no entienda o hable el castellano o las lenguas cooficiales.

Por otro lado, el artículo 520 LECR dispone que la información será proporcionada en un lenguaje sencillo y accesible; adaptándose a la edad,

---

<sup>539</sup> STC 127/2000, de 16 de mayo, Fundamento Jurídico 3, y STC 7/2004, de 9 de febrero, Fundamento Jurídico 4.

grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia<sup>540</sup>. Este derecho del detenido preventivo coincide en gran medida con el que establece el artículo 123 LECR para los investigados<sup>541</sup>.

Aunque de una lectura rápida del citado 520 LECR, podría deducirse que esta garantía está dirigida exclusivamente a los extranjeros, es obvio que la mera condición de extranjero no produce, necesariamente, la intervención de intérprete si el acusado comprende y maneja con fluidez y soltura más que suficiente nuestro idioma<sup>542</sup>. Porque, aunque la ley se refiere sólo a ellos, si acudimos a la jurisprudencia del TC, comprobamos que es habitual que hagan uso de este derecho los españoles que declaran no conocer bien el castellano, y expresan su deseo de manifestarse y de que se les hable en la lengua oficial de su comunidad autónoma.

Por su parte, destacar que el artículo 520. 2. h) LECR cita en primer lugar a los extranjeros, y a continuación a las personas con discapacidad auditiva, o con otras dificultades del lenguaje<sup>543</sup>. Opinamos que lo

---

<sup>540</sup> El artículo 520. 2. h) LECR, menciona expresamente a los extranjeros que desconozcan la lengua oficial y a personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

<sup>541</sup> El artículo 123 LECR concede a los investigados o acusados, que no hablen o no entiendan el castellano, o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación, una serie de derechos entre los que podemos destacar; ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que conozca el detenido durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial, o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales; a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales, entre otros.

<sup>542</sup> STS de 20 de junio de 1994.

<sup>543</sup> En relación con estas discapacidades, el TC en la sentencia 30/1989, de 7 de febrero, se pronunció sobre la indefensión causada por no habersele nombrado intérpretes a la condenada, de condición sordomuda, por lo que el Alto Tribunal declaró que el derecho a ser informado de la acusación, se encuentra reconocido en el artículo 24.2

verdaderamente trascendente, no es tanto la nacionalidad del detenido, sino asegurarse de la comprensión del detenido respecto del significado de su situación y los efectos de los actos realizados y de las imputaciones que se le efectúan, lo cual significa la intervención de un intérprete cuando sea necesario para garantizar la efectividad de dichos derechos.

A la luz de lo anterior, el extranjero o nacional que no comprenda, o no hable el castellano o la lengua cooficial de la actuación de que se trate, tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Si bien, esta garantía no está comprendida en el artículo 17 CE, se exige en el ámbito de las actuaciones de la policía judicial.

En consecuencia, ante el desconocimiento del idioma, la asistencia de un intérprete es imprescindible y está sujeta a la confidencialidad, tengamos en cuenta que la Ley 5/2015<sup>544</sup>, en línea con las novedades que

---

CE, sin que se mencionen las formas y solemnidades con que se han de llevar a cabo, por lo que se realizarán respetando el contenido esencial del derecho, que busca asegurar el conocimiento del acusado de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan.

El Alto Tribunal señala que debe asegurarse la comprensión del acusado sobre el significado y los efectos de los actos procesales realizados y de las imputaciones que se le efectúan, lo cual significa la intervención de un intérprete cuando sea necesario para garantizar la efectividad de dichos derechos. Si bien se relaciona con un caso de una persona discapacitada sometida a proceso penal, también es cierto que sus alcances pueden hacerse extensivos a los casos de personas con discapacidad que se encuentren privadas de libertad; más aún si a la fecha existe previsión legal. Sin embargo, merece destacarse este pronunciamiento emitido en 1989, el cual sin duda constituyó un fallo relevante en defensa de los derechos de una procesada.

<sup>544</sup> En los procesos penales, los derechos: a la traducción y a la información, se vieron afectados por la entrada en vigor de la citada LO 5/15, al modificar la LECR y la LOPJ. Con dicha reforma, fueron incorporados al ordenamiento interno los referidos derechos para los detenidos que no hablen o no entiendan la lengua del procedimiento, así como para las personas con discapacidad auditiva y sordo-ciegas, derecho que está igualmente reconocido en el artículo 6 CEDH, según la

---

interpretación efectuada por la jurisprudencia del TEDH<sup>544</sup>, ello en aras de garantizar el derecho a un juicio equitativo.

Artículo 6. CEDH. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, y que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

<sup>544</sup> LO 5/15, de 27 de abril, por la que se modifican la LECR y la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/213/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. En cuanto a su contenido, debemos señalar que se modifica la rúbrica del Título V del Libro Primero, que queda redactada como sigue: “del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales”. Junto a la adición del derecho a la traducción e interpretación, nótese que queda superada la anterior referencia al beneficio de pobreza, fiel reflejo del tiempo transcurrido desde la promulgación de la LECR. Se incorpora en el Título V del Libro Primero un nuevo Capítulo I, “del derecho a la defensa y a la asistencia

le han precedido, modificó el artículo 416. 3 LECR<sup>545</sup>, que se ocupa de la dispensa de la obligación de declarar a los traductores e intérpretes, sobre las conversaciones y comunicaciones entre el detenido, investigado o acusado, y su letrado, en relación a los hechos relacionados con su traducción o interpretación<sup>546</sup>.

Dicha modificación legislativa supuso, como señala el Preámbulo, una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación, así como del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal, de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa.

---

jurídica gratuita”, que integran los artículos 118 a 122. Recuérdese que el Título V, en su redacción anterior a la reforma, no estaba dividido en capítulos y que los artículos 123 a 140 habían sido derogados por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Se introduce un nuevo Capítulo II, con la rúbrica “del derecho a la traducción e interpretación “, integrado por los nuevos artículos 123 a 127, que regulan de modo detallado este derecho.

<sup>545</sup> En coherencia con las modificaciones precedentes, se introduce en el artículo 416 LECR un nuevo apartado 3, en el que se reconoce la dispensa de la obligación de declarar a los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el investigado, procesado o acusado y su letrado, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

<sup>546</sup> La modificación en este apartado se deriva del artículo 5.3 de la Directiva 2010/64/UE, que dispone que los Estados miembros, se encargaran de garantizar que, los intérpretes y traductores respeten el carácter confidencial, inseparable, de los servicios de traducción e interpretación prestados. El TJUE, al ocuparse de las normas para la interpretación y traducción en los procesos penales establecidos en la Directiva 2010/64/UE, declaró que deben garantizar una asistencia lingüística apropiada que permita a los sospechosos que no hablan o no entienden la lengua empleada por las autoridades “el pleno ejercicio del derecho de defensa y que salvaguarde la equidad del proceso”. STJUE Covaci (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párrafos 36-37, y en el mismo sentido 32, 33, 43.

En este punto, como marca el apartado VI del Preámbulo, “pretende asegurar un nivel uniforme de protección de los derechos procesales, en los diversos países de la Unión Europea y reforzar la confianza que, entre los Estados miembros, resulta imprescindible para potenciar los instrumentos de reconocimiento mutuo que, de forma creciente, se están convirtiendo en una herramienta esencial de cooperación”.

En línea con lo dicho, el TC señala que este derecho debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 CE en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena, y entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar<sup>547</sup>.

En lo relativo a su necesaria presencia, el TC entiende que también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente<sup>548</sup>.

---

<sup>547</sup> STC 74/1987, de 25 de mayo, Fundamento Jurídico 3 “el derecho de ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que, impide al detenido ser informado de sus derechos y hacerlos valer y formular las manifestaciones que consideren pertinentes ante la administración policial, pues si algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) otros derechos que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia de intérprete. Este derecho debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 CE en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena, y entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar”.

<sup>548</sup> En este sentido se expresa el TC en la referida sentencia 74/1987. Y en esta misma línea argumental, el artículo 3.1 CE ha sido aplicado en sentido amplio por parte del TC señalando que “la atribución de este derecho a los españoles que no conozcan

Si el detenido tratase de ralentizar u obstaculizar los trámites o actuaciones policiales, habituales en este tipo de intervenciones, alegando su falta de conocimiento del español, lo más conveniente será nombrar un intérprete, salvo que de forma contrastada e irrefutable pudiese demostrarse que ya había prestado declaración o había actuado, constatando con ello su dominio del español.

Ahora bien, este último aspecto es ciertamente controvertido dado que un posterior recurso alegando indefensión, podría intoxicar el desarrollo de la actuación judicial o de las diferentes fases procesales, existiendo, por tanto, aunque mínima, una cierta posibilidad de que prosperase. Lo que nos conduce de nuevo a la conveniencia de la presencia y actuación del intérprete, que eliminaría tal circunstancia.

En este sentido, se ha pronunciado el TS<sup>549</sup> argumentando que “para que se produzca una indefensión derivada de un quebranto a la tutela

---

suficientemente el castellano y no sólo a los extranjeros que se encuentran en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el artículo 14 CE. No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (artículo 3.1 CE), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental cual es, el de defensa. En el fondo se trata de un derecho que, estando ya reconocido en el ámbito de las actuaciones judiciales (artículos 231.3 LOPJ y 398, 440, 711 y 758.2 LECR), debe entenderse que también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, le sirven de antecedente. Ciertamente, el deber de los españoles de conocer el castellano, antes aludido, hace suponer que ese conocimiento existe en realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso tenga verosímilmente su ignorancia o conocimiento insuficiente. O esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales”.

<sup>549</sup> Así lo pone de manifiesto en su sentencia 867/2000, de 23 de mayo, en la que afirma que es razonable -como en su momento ya señaló en la STS, de 20 de junio de 1994-



judicial, con relevancia constitucional y consecuente vicio del proceso, no es bastante con que aparezca en la causa una infracción de mera forma, sino que es preciso que alcance realmente a causar una efectiva indefensión material porque impida al interesado hacer alegaciones y defenderse o ejercitar su derecho de contradicción en un proceso”<sup>550</sup>.

Por lo tanto, la verdadera causa del estado de indefensión del detenido, es el desconocimiento real del idioma<sup>551</sup> en que el proceso se siga, de tal modo que está imposibilitado de conocer de lo que se le acusa, de entender lo que se diga, y de expresarse de forma que pueda ser comprendido sin dudas<sup>552</sup>.

Ante la cuestión de si estamos frente un derecho disponible, la jurisprudencia del TC ha establecido que, sin duda alguna, se requiere la actuación *motu proprio* por parte del órgano judicial, para evitar que el detenido renuncie voluntariamente a un intérprete, cuando aquél tenga la duda razonable de que el sujeto no conoce suficientemente el idioma en el

---

que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete ha de ser incluido, sin violencia conceptual alguna, en el perímetro de este derecho fundamental -a la defensa- aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre.

<sup>550</sup> STS, 867/2000, de 23 de mayo.

<sup>551</sup> Añadiendo el TC, en su sentencia 71/88 de 19 de abril, en cuanto al desconocimiento del idioma “el artículo 520 LECR sustenta el derecho al intérprete, respecto del extranjero, que no comprenda o no hable el español, siendo extensivo a los españoles que no conozcan, suficientemente, el castellano, valorando no sólo el derecho y deber de conocerlo -artículo 3 CE-, sino el hecho concreto de la ignorancia o conocimiento precario del castellano, en cuanto afecte al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa -artículo 24 CE-. sin embargo, estas normas, en lo que pudieran tener de incompletas, han de ser interpretadas, no sólo de acuerdo con la constitución, sino con las internacionales, por obra del artículo 10.2 CE y en cuanto constituyen también nuestro ordenamiento interno -artículo 96 CE- “.

<sup>552</sup> STS, de 2 de enero de 1998 y 28 de febrero de 1994.

que se realizan las actuaciones, bien sean; policiales, procesales, judiciales o cualquier otra relacionada con ellas.

Por lo cual, el propio Tribunal vendrá obligado a velar por los derechos del acusado, cuando por la forma de expresarse de éste, considere que no conoce adecuadamente el idioma, proporcionándole el intérprete adecuado<sup>553</sup>.

Sobre los efectos de la falta de asistencia de interprete, el TS expone que:

“la inexistencia de intérprete puede generar la nulidad de la declaración, si no comprende las preguntas que se le dirijan, con el efecto de no poder esa declaración ser apreciada como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Pero esta declaración carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecida en el artículo 24 CE, al no existir prueba de cargo que pueda sustentar el fallo condenatorio. Y si no produce tal efecto, la consecuencia será determinar si la prueba, no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia, pueda estimarse apta y suficiente para reputar enervada la indicada presunción de inocencia. Consecuentemente el efecto indirecto no es predicable cuando sea posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás, obrantes en la causa, ya que no se vicia las restantes pruebas si es posible la desconexión causal entre la ilegítimamente obtenida y las otras. Por ello, la ineficacia de una diligencia determinada, no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta, guarde una directa relación con aquella, de tal modo que sin la primera no hubiese existido la segunda (STS. 920/2005 de 8.7)”<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> STS de 20 de octubre de 1993.

<sup>554</sup> STS de 26 de mayo de 2007.

En esta misma línea, continúa el TS sosteniendo que “en relación al derecho a interpretación en una diligencia de entrada y registro, en cuanto afecta a derechos fundamentales de la persona sospechosa de haber cometido una infracción penal y su resultado puede ser utilizado como prueba de cargo, tal diligencia debe practicarse con intérprete, en caso de desconocerse por el imputado el idioma español”. Añade el TS que, no obstante, no es suficiente con constatar que un inculpado es extranjero y precisa de intérprete para entender vulnerado el derecho de defensa, sino que es preciso que la ausencia de intérprete que haya ocasionado una real y efectiva indefensión, al quedar acreditado que desconoce el idioma<sup>555</sup>.

En otro orden de cosas, y como consecuencia de lo visto hasta ahora, nos surge la interrogante de sí un sujeto que ha sido –en principio- legalmente detenido, y no haya sido auxiliado por un intérprete -cuando su intervención era necesaria-, ¿podría interponer el procedimiento de *habeas corpus*?

Pues bien, inicialmente se estimó, tanto por la doctrina como por el propio TC que “la situación de ilegal detención, arresto o internamiento, de privación de libertad, en suma, constituye obligado presupuesto de la solicitud de *habeas corpus*”<sup>556</sup>. Sobre ello opina GUDE FERNÁNDEZ que, “esto no es, a nuestro entender, del todo cierto. Como ya se adivinó durante el proceso constituyente, con motivo de la elaboración del artículo 17.4 CE, la inclusión del adverbio “ilegalmente” primero, en nuestra Norma Suprema y con posterioridad, en la Ley Orgánica 6/84 LOHC, ha constituido un grave error”<sup>557</sup>.

---

<sup>555</sup> STS 535/2012, de 26 de junio de 2012.

<sup>556</sup> STC 26/1995, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 5,

<sup>557</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido... op. cit., página 265.

Postura que compartimos con dicha autora. Entendemos que habría de ser suficiente presupuesto para la incoación de dicho procedimiento, la existencia de una detención preventiva que no se encuentre amparada bajo la cobertura legal de los supuestos –obviamente- o la falta de cumplimiento de los derechos recogidos por la Ley, entre los que se encuentra la intervención de un intérprete. Por lo tanto, entendemos que sería perfectamente viable la interposición del *habeas corpus*. Para un análisis más pormenorizado de dicho procedimiento, nos remitimos al capítulo, en el que lo abordamos con mayor amplitud<sup>558</sup>.

#### **4.- Aplicación práctica versus Derecho positivo**

Llegados a este punto, una vez expuestos los derechos y garantías a las que tiene acceso el sujeto detenido, y presentada la relevancia de la figura del abogado defensor, dirigiremos nuestra atención, a la aplicación de los preceptos que las regulan, tratando de mostrar, al igual que sucede en una gran cantidad de ámbitos de las personas, la diferencia existente entre la teoría y la *praxis*. En esta última, entran en juego la actitud y la aptitud de las personas; agentes de la autoridad, funcionarios públicos, Jueces y Tribunales, letrados, y todas aquellas que, de un modo u otro, intervienen, en un momento determinado, durante la detención de un sujeto.

En nuestra opinión, éste último elemento, el ser humano, es el más imprevisible y difícil de regular o dirigir.

Desarrollaremos pues el supuesto típico más habitual de detención preventiva de una persona por las FCSE, y la correspondiente personación en las dependencias policiales del abogado defensor, con independencia

---

<sup>558</sup> Buscando la ascendencia que han tenido o deberían tener las últimas y relevantes sentencias del TC en los órganos judiciales competentes para su resolución.

de que haya sido libremente designado por el detenido, o corresponda al turno de oficio.

Señalemos, en primer lugar, que la información de la que disponga el letrado, estará directamente relacionada con la eficacia de la defensa del detenido. Por ello, desde el inicio, lo preferente es que el abogado; solicite la información y documentación esenciales sobre la detención, anotando la hora en la que se le facilitan, a los efectos de preparar la toma de declaración de su representado. Siendo éste un aspecto, ciertamente conflictivo, en el ejercicio diario del abogado asistente al detenido. Por lo que hemos dedicado en el siguiente epígrafe un apartado específico para ello.

Asimismo, deberá comprobar la hora real y exacta de la detención, referencia importantísima para el cumplimiento de plazos y exigencia de derechos y garantías. Haciendo constar documentalmente dicho dato.

Como es sabido, la entrevista con el detenido, constituye una pieza fundamental de su defensa. La cual habrá de ser privada, sin que pueda existir tipo alguno de control visual o auditivo por persona alguna, bien sea, directa o indirectamente, a través de dispositivos electrónicos o cualquier otro medio.

Es este un aspecto que, con demasiada frecuencia, se incumple por parte de los agentes actuantes, alegando que necesitan cierta presencia o atención en beneficio de la seguridad de todos los intervinientes; del propio abogado defensor, del detenido (por temor a que se autolesione) o de los propios agentes intervinientes, los cuales temen perder el control visual de los detenidos. Es el abogado defensor, el que valorará en cada supuesto la necesidad de cierta vigilancia sobre el detenido, en aras de la protección personal de ambos o de terceros.

La imposición a los letrados de una puerta entornada, una ventana abierta, o incluso la propia presencia policial en la sala –todo ello con la posibilidad de ver y escuchar- suele ser una verdadera lucha para el abogado, que en ocasiones tiene serias dificultades para lograr una mínima privacidad con su defendido.

La importancia de dicha entrevista reservada, no solo estriba en la aportación a su letrado, por parte del detenido, de datos sobre los hechos acaecidos y su grado de intervención en ellos, sino en una serie de cuestiones referentes -con los datos aportados por él- a llevar a cabo una calificación momentánea y provisional de los sucesos que nos pueda indicar la pertinencia de la detención; si se le han leído los derechos en el momento de la detención y los motivos de ella; cerciorarse si se ha notificado la detención a la persona elegida por el detenido y si ha podido conversar telefónicamente.

Teniendo presente que se trata de dos derechos diferenciados y que han de cumplirse si no son renunciados expresamente y; asegurarnos de que la fuerza actuante no ha interrogado, a solas, al detenido antes de la presencia de su letrado defensor.

En esta primera asistencia en sede policial, también podremos solicitar la exploración del detenido por el médico forense, ello si se considera oportuna o necesaria, que podrá hacerse en las mismas dependencias policiales, sin necesidad de esperar a su puesta a disposición judicial. Asimismo, podemos requerir que se le tomen muestras de saliva, sangre u orina, si sospechamos que el detenido estuviese o hubiese estado bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o medicamentos.

Por otra parte, resulta harto difícil diseñar una correcta estrategia de defensa si no se dispone de los datos más importantes de la detención. En

este caso, probablemente lo más conveniente es que el letrado aconseje a su defendido la negativa a contestar a las preguntas que se le formulen. En cualquier caso, el TS tiene reiterada jurisprudencia que abala la falta de utilidad como prueba de toda declaración realizada en sede policial.

Como es sabido, el TS considera que “las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio<sup>559</sup>. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 LECR”<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> Es decir, no podrán ser comprendidas como elemento probatorio, aunque los agentes de la autoridad, que las incluyeron y recogieron, sean citados como testigos. En otras palabras, las declaraciones o confesiones que el detenido efectuó en las dependencias policiales no podrán ser verificadas -en virtud del artículo 714 LECR, e igualmente, carecerán de la condición de prueba preconstituida -artículo 730 LECR-. En suma, su única utilidad legal será el provecho que de ellas se pueda extraer en las diligencias de investigación.

<sup>560</sup> Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS, de 3 de junio de 2015.

El TC, por su parte, tiene reiterada jurisprudencia<sup>561</sup> en la que establece que las manifestaciones en comisaría no constituye una prueba de confesión<sup>562</sup>.

Sin embargo, el TC considera que en el supuesto de aparecer datos objetivos que representen verdaderos medios de prueba que respalden tales manifestaciones, estas podrán ser utilizadas por los Juzgados y Tribunales como hechos de base para posteriores inferencias. Aunque para ello se requerirá que los agentes intervinientes testimonien en el juicio oral<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup> Sirva por todas la más reciente sentencia 503/2018, de 25 de octubre, en la que afirma el TC en el Fundamento Jurídico 4, último párrafo que "con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 LECR, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial (SSTC 51/1995, Fundamento Jurídico 2; 206/2003, Fundamento Jurídico 2 d)". Esta resolución del TC ha sido ratificada en su línea argumental en la sentencia 53/2013, de 28 de febrero, del propio Tribunal, en la que se han reiterado los mismos criterios sobre las declaraciones prestadas en comisaría que después no han sido ratificadas en sede judicial. En la sentencia se argumentó incluso que no puede basarse en esa clase de diligencias una condena, aunque sean sometidas a contradicción en el plenario y el imputado reconozca que sí las manifestó pero que lo hizo coaccionado por la policía. Y se volvió a insistir en que el atestado "se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba".

<sup>562</sup> En definitiva, el citado Acuerdo del Pleno del TS, de 3 de junio de 2015, ha venido a recoger la doctrina jurisprudencial tanto de la Sala como del propio TC.

<sup>563</sup> En esta línea, se manifestó el TS en su sentencia 546/2013, de 17 de junio, Fundamento Jurídico 3, en el que señala que "las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 LECR, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial". Posicionándose, con ello, en el mismo sentido que el TC.



Dicho lo anterior, entendemos que continúa resultando primordial la comprobación de los datos que consten en el atestado, o en cualquiera de los documentos facilitados a la defensa. Revisando de forma pormenorizada que han sido incluidos en el acta de declaración del detenido todos los extremos que se hayan producido y estime convenientes. Especialmente en el reflejo escrito de las horas, no solo respecto del momento exacto de la detención, sino de periodo de tiempo transcurrido entre ésta y el instante en que se solicita la presencia de abogado defensor. Esto último, en el caso de que haya transcurrido un breve período de tiempo, nos mostraría que no ha existido posibilidad de realizar actuaciones improcedentes. Sin embargo, lo contrario, exigiría por el letrado una solicitud de explicaciones al respecto.

Lógicamente, una de las actuaciones esenciales que debe realizar el letrado, es el análisis y comprobación de los fundamentos que respaldan la legalidad de la detención, bajo la cobertura del artículo 492 LECR. De lo contrario, habrá de solicitar la inmediata puesta en libertad.

Tengamos en cuenta que la comisión de determinados delitos leves - las antiguas faltas-, no permitían, ni permiten la detención, por lo que las FCSE habrían de limitarse a la citación en sede policial, y una vez que le hayan leído sus derechos y practicadas las oportunas diligencias, podrá marcharse.

El detenido, una vez hayan concluido las diligencias previas -en el plazo máximo de setenta y dos horas-, debe ser puesto en libertad o pasar inmediatamente a disposición judicial<sup>564</sup>. Como ya hemos señalado, el

---

<sup>564</sup> La puesta a disposición judicial, tras la finalización de las diligencias e investigaciones, ha de realizarse sin dilación injustificada y a la mayor brevedad posible, sin embargo, es éste un aspecto que se incumple en una buena parte de los casos. De hecho, nos atreveríamos a decir que el cumplimiento de la obligatoriedad de la puesta inmediata a disposición judicial no es la regla general.

agotamiento de dicho plazo<sup>565</sup>, establecido por el artículo 17 CE, ha de estar completamente justificado, por lo que en estos casos, el abogado defensor solicitará que, por escrito y en acta aparte, se valore por los agentes instructores las circunstancias personales del detenido, antecedentes penales, hecho cometido y estado de la investigación que hayan justificado el mantenimiento de la detención.

Desgraciadamente, en el ejercicio diario, el agotamiento injustificado del plazo de setenta y dos horas, por las FCSE, se produce en ocasiones. Por lo tanto, en el supuesto de que los agentes intervinientes se nieguen a expedir dicha acta o, a juicio del letrado defensor, sea infundada o innecesaria la consumación del plazo, el abogado debería comunicarlo al Colegio de Abogados correspondiente, a efectos de su registro y constancia, para que pueda intervenir el Colegio, desde una perspectiva colectiva<sup>566</sup>.

En consecuencia, ante la posible falta de respaldo legal de la detención, según lo previsto en los artículos 492 y siguientes, será éste el

---

<sup>565</sup> En este punto, debemos recordar la excepcionalidad dispuesta en el artículo 505.2 LECR "la audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al investigado o encausado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del investigado o encausado no detenido o su libertad provisional con fianza". Dicho lo cual, hemos de tener en cuenta que, nuestro ordenamiento jurídico permite que un detenido pueda estar hasta seis días privado de libertad.

Por consiguiente, el detenido podrá permanecer setenta y dos horas en sede policial y otras setenta y dos horas a disposición judicial.

<sup>566</sup> Centro de defensa de la defensa. Ilustre Colégio de abogados de Valencia. Edita ICAV. Valencia, 2019, página 9.

momento oportuno para valorar si se trata de la detención legal tipificada en el artículo 530 CP<sup>567</sup>.

Cabe afirmar que es práctica habitual que la presentación del detenido ante el juzgado quede supeditada a los horarios de los Juzgados de Instrucción y a la disponibilidad y turnos de las FCSE, siendo esta una situación que, en algunos supuestos, podría entenderse como inevitable, dada la difícil previsión de las necesidades, de personal y material, en momentos puntuales. No obstante, en la mayoría de los casos no se prioriza el derecho a la libertad personal del detenido.

Lo anterior nos lleva a escenarios realmente injustos en los que el detenido que, con certeza, será puesto en libertad, continúe privado de ella; doce, veinticuatro o cuarenta y ocho horas, de forma, por supuesto, injustificada e ilegal. La libertad personal no ha de ser la víctima de la descoordinación, falta de medios o exceso de trabajo de los sujetos intervinientes o de los órganos judiciales.

En lo concerniente al acceso al atestado y a los elementos necesarios sobre la detención, asunto del que ya nos hemos ocupado, debemos subrayar la distinción existente, entre los apartados a) y b) del art 118.1 LECR. Por una parte, en el apartado a) se establece el derecho que tiene todo sujeto del que se considere que habría podido cometer un ilícito penal, a ser informado de los hechos que se le imputan. Y, por otra, en su apartado b) el derecho del detenido a examinar las actuaciones, con la antelación suficiente y necesaria para garantizar su derecho a la defensa,

---

<sup>567</sup> Tengamos presente que el TC ha insistido en señalar, que la negativa a entregar la información indispensable, obrante en el atestado, es susceptible de ser impugnada a través del planteamiento del procedimiento de *habeas corpus*.

circunstancia ésta que habrá de suceder con anterioridad a la correspondiente toma de declaración del detenido<sup>568</sup>.

De la comparativa de los textos legales que venimos comentando (LECR y Directiva 2012/13/UE), se desprende que nuestra LECR tiene una intención de mínimos, porque no incluye de forma expresa, una

---

<sup>568</sup> Recordemos en éste punto que en nuestro derecho nacional, el art 520.2 LECR - precepto que consideramos es una exigencia del art 118.1 a) LECR- enuncia los derechos del detenido: a ser informado, inmediatamente y por escrito; en su idioma y con lenguaje sencillo y accesible, de los hechos y razones de su detención y de las garantías que le asisten -derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales, para la impugnación de la legalidad de la detención o privación de libertad-.

Y en el derecho europeo, ya vimos, que el art 4.2 Directiva 2012/23/UE señalaba, por su parte, que la información que se proporcione al detenido, contendrá “tal como se aplique, con arreglo a la legislación nacional”, el derecho acceso a los materiales del expediente, y en éste mismo cuerpo legal, se concretaba, en el artículo 7 que, serían los Estados miembros los que deberían garantizar éste derecho (especialmente en sus puntos 1, 2 y 3)

Dispone el artículo 7 Directiva 2012/13/UE que “cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad. 2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas”.

intervención del letrado que obligue a los instructores a proporcionarle toda la información necesaria, para la preparación de la primera declaración en sede policial, y cuando nos referimos a “necesaria”, estamos aludiendo a los datos imprescindibles para una posible impugnación de los motivos de la detención.

Es decir, la decisión sobre cuáles son los documentos esenciales o suficientes para la impugnación de la detención, no puede quedar a la arbitraria decisión del agente instructor. Tal derecho a la información, incluye el acceso a los materiales y documentos que estén en dependencias policiales. Por tanto, entendemos que el abogado asistente del detenido ha de exigir el atestado, debiendo ser entregado antes de la toma de declaración al detenido. Definitivamente, los instructores no pueden arrogarse la potestad de retener dichos documentos<sup>569</sup>.

En este supuesto, la práctica forense del abogado asistente al detenido, es solicitar que conste en el Acta de la declaración policial que se ha solicitado al agente instructor del atestado correspondiente, la posibilidad de tener acceso a lo actuado, negándose a ello la instrucción.

---

<sup>569</sup> De lo contrario, en relación con todo lo anterior, nos encontraríamos ante la conculcación del derecho de defensa, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en los artículos 118.1 a) y b) y 520 d) LECR, respecto del traslado a abogado defensor de un atestado incompleto o falta de información sobre elementos esenciales para la posible impugnación de la detención.

Con ello, señala el TC que será posible incoar el procedimiento de *habeas corpus*, como garantía procesal específica y preferente<sup>570</sup> para la protección al derecho a la libertad personal<sup>571</sup>.

Es necesario, llegados a este punto, insistir en la STC 21/2018, de 5 de marzo, la cual apunta la posibilidad de que los agentes instructores están únicamente obligados a entregar los elementos esenciales, pudiendo reservarse información que afecte a otras vías de investigación. Sin embargo, dicha sentencia, establece en su Fundamento Jurídico 6, un verdadero desarrollo, en fondo y forma, del derecho al acceso a la información sobre la detención<sup>572</sup>.

---

<sup>570</sup> Así lo califica, el TC, en su sentencia 12/1994, de 17 de enero, al señalar en su Fundamento Jurídico 5 que en su jurisprudencia (SSTC 98/1986 y 104/1990) recuerda que el proceso de "*habeas corpus*" es un procedimiento especial a través del cual se ha de juzgar sólo sobre la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación (artículo 8.2 de la LO 6/1984, de 24 de mayo), adoptando, en su caso, alguna de las decisiones a que se refiere el artículo 9 de la LO 6/1984. Por ese motivo, se le ha calificado también como proceso especial de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención, sino sólo sobre su regularidad o legalidad en el sentido de los artículos 17.1 y 4 C.E., y artículo 5.1 y 4 del CEDH.

<sup>571</sup> STC 1547/1995, de 28 de noviembre.

<sup>572</sup> STC 21/2018, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 6 "en cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. ...la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual «información de derechos». Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia. b) En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo «de forma

Advierte la citada sentencia que no es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención.

Sin embargo, un apartado final del referido Fundamento Jurídico 6, señala la existencia del derecho a un contenido mínimo de la información policial, fijado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial<sup>573</sup>, y es en este punto, donde opinamos que radica la génesis del conflicto entre instructores y abogados defensores. La calificación de información mínima no es contemplada en la normativa europea y, lógicamente, no depende de la unilateralidad del agente instructor.

---

inmediata» en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía. c) Como hemos ya expuesto, la información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado.

<sup>573</sup> La Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva, según el TC.

Por consiguiente, cuando el abogado defensor considere que la falta de información ha podido constituir una limitación a su derecho de impugnación de la detención, tanto por su falta de entrega, como de su insuficiencia, habrá de ponerlo de manifiesto y, en su caso, iniciar las acciones necesarias para la defensa de los derechos de su defendido. Siendo aconsejable que conste en la entrega al letrado, del atestado o expediente, la hora de la entrega y el contenido concreto, dado que serán datos esenciales para que el Juzgado de Instrucción pueda comprobar la importancia y suficiencia de dicha documentación para la atacar a la detención.

Por consiguiente, excepto en los supuestos de los artículos 509 y 527 LECR, el abogado tiene derecho al acceso al atestado, o como mínimo a los datos esenciales y suficientes, teniendo con ello conocimiento de las pruebas existentes.

De lo contrario, es aconsejable la interposición del procedimiento de *habeas corpus*<sup>574</sup>, y en el caso de encontrarnos con una inadmisión *ad limine*<sup>575</sup> de éste, sin solución de continuidad, habrá que presentar el

---

<sup>574</sup> Debemos tener presente, la necesidad de que el abogado del detenido, haga constar la queja correspondiente en el Acta, puesto que, en caso contrario, no podría cuestionarse la ilegalidad de la privación de libertad, sobre tal fundamento. Ello deviene de lo señalado por el TC en su sentencia 21/2018, de 5 de marzo.

<sup>575</sup> Como es sabido, a grandes rasgos, el significado de la expresión latina *ad limine o in limine*, podría entenderse como: "desde el umbral". En términos jurídicos suele emplearse para señalar el rechazo de una demanda, o recurso, cuando es desestimada de fondo, sin permitir su admisión a trámite, por no ajustarse a lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente. Su empleo, más común se circunscribe al mismo comienzo de un acto judicial, el cual puede implicar, tanto un recurso, demanda, etc., y ello es como consecuencia de la misma presentación de ese acto. La etimología de estas expresiones latinas puede ser traducida como "en el inicio", "en la entrada".



recurso de amparo. Entendemos que se trata del único medio por el que se podrá avanzar en el respeto al derecho a la libertad personal. Ello, hasta que dispongamos de una necesaria Ley Orgánica de la defensa.

Como hemos visto anteriormente, de la lectura de los artículos; de un lado, 118 y 520 LECR y de otro, 4 y 7 Directiva 2012/13/UE, consideramos que estos preceptos legales, deberían ser respaldo, más que suficiente, para que existiese el reflejo de su cumplimiento en la práctica diaria, no obstante, su implementación está siendo lenta y en ocasiones complicada. Existiendo conflicto entre la práctica que se viene desarrollando por parte las FCSE y la exigencia de su cumplimiento por parte de los abogados defensores.

Prueba de ello, es la reciente jurisprudencia del TC<sup>576</sup>-verdaderamente abrumadora- en la que ha puesto de manifiesto, el incumplimiento de tales

---

<sup>576</sup> La jurisprudencia del TC, citada en la, reciente, STC 72/2019, de 20 de mayo, sobre la improcedencia de la inadmisión *ad limine* del procedimiento de *habeas corpus*, es calificada por el propio Alto Tribunal como “reiterada, constante e inequívoca” (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, Fundamento Jurídico 7; 66/1996, de 16 de abril, Fundamento Jurídico 6; 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 11; 224/1998, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 174/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 5; 232/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 179/2000, de 26 de junio, Fundamento Jurídico 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 5; 233/2000, de 2 de octubre, Fundamento Jurídico 5; 263/2000, de 30 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 287/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 4; 288/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 6; 24/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 94/2003, de 19 de mayo, Fundamento Jurídico 3; 23/2004, de 23 de febrero, Fundamento Jurídico 5; 122/2004, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 3; 37/2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 29/2006, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3; 46/2006, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 93/2006, de 27 de marzo, Fundamento Jurídico 3; 169/2006, de 5 de junio, Fundamento Jurídico 2; 165/2007, de 2 de julio, Fundamento Jurídico 4; 35/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 37/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 147/2008, de 10 de noviembre,

derechos, diferenciando, entre la vulneración de los derechos del detenido, y la inadmisión *ad limine* de los procedimientos de *habeas corpus*. Sin embargo, la directa relación entre la negativa de información al detenido, la consiguiente interposición de dicho procedimiento y la improcedente inadmisión *ad limine* de su tramitación, constituye, a nuestro juicio, un todo.

Como decíamos en otro apartado, la falta de consecuencias para las partes que incumplen el mandato legal, es decir, el instructor que no cumple con la estricta observancia de las garantías del detenido y el Juez que inadmite de plano el *habeas corpus*, constituyen una de las mayores rémoras para el ejercicio de la defensa del detenido.

Ciertamente, siempre queda la opción de la interposición del recurso de amparo. Sin embargo, la eficacia a corto plazo, en cuanto a la recuperación inmediata de la libertad personal, es nula de *facto* y, a largo plazo, podríamos decir que a efectos prácticos deviene ineficaz.

#### **4.1.- Lugar y momento de toma de muestras orgánicas. Relevancia para la defensa.**

Es posible que el anterior enunciado pueda sorprender, sin embargo, en el ejercicio de la asistencia jurídica al detenido, éste aspecto tiene una relevancia tal, que puede determinar decisivamente la estrategia defensiva a adoptar e, incluso, las circunstancias modificativas de los hechos imputados.

---

Fundamento Jurídico 2; 172/2008, de 18 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 88/2011, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4; 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico 4; 12/2014, de 27 de enero, Fundamento Jurídico 3; 21/2014, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 32/2014, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 195/2014, de 1 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 42/2015, de 2 de marzo, Fundamento Jurídico 2, y 204/2015, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico 2).

En consecuencia, es importante que el letrado asistente al detenido compruebe que las muestras orgánicas, bien sean de sangre, orina, de exhalación de aliento o de impregnación de hisopos, se tomen en dependencias policiales y no cuando el detenido pase a disposición judicial, puesto que ello afectará, directamente, al derecho de defensa del detenido, por el hecho de la posible disminución o desaparición de los parámetros positivos por la dilación en el tiempo esperando el traslado a un centro asistencial.

La toma de muestras para determinar el grado de afectación de la capacidad del detenido, y la alta probabilidad de que el transcurso del tiempo pueda aminorar sus niveles o incluso que pudiesen desaparecer, aconseja que las muestras se tomen a la mayor brevedad posible<sup>577</sup>. Ya que, de lo contrario, nos encontraríamos en una situación realmente difícil de solventar. Tengamos en cuenta que la recogida de éste tipo de muestras, no exige la presencia o intervención de facultativo sanitario alguno.

Igualmente, resulta vital para la validez jurídica de los resultados el respeto y cumplimiento escrupuloso de la garantía en la cadena de custodia, circunstancia a la que el letrado habrá de prestar la necesaria atención.

Así pues, es conveniente que, en el supuesto de que el abogado observe muestras visibles de que el sujeto detenido tiene afectadas sus capacidades intelectivas y volitivas por el consumo de bebidas alcohólicas,

---

<sup>577</sup> Es necesario tener presente que, en el caso de la toma de muestras de saliva, ésta se llevará a cabo con los hisopos y dispositivos especialmente desarrollados para ello. Se tomarán dos muestras, la primera se denomina “indiciaria”, y está dirigida a detectar la probable presencia de sustancias ilegales, y en el supuesto de que diese positivo por algún tipo de sustancia, se procederá a la toma de la segunda muestra, que será llamada “evidencia”, la cual tiene como objetivo la determinación del tipo de sustancia y la cuantificación de ésta.

drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras con efectos similares, exija que se proceda a tomar muestras, por parte de los agentes instructores, ello con la garantías debidas, y en el supuesto de que éstos no estén obligados a realizarlo, es aconsejable que el abogado haga constar en el acta o atestado su petición de toma de muestras y la constatación expresa del estado físico y mental en el que se encuentra el detenido<sup>578</sup>.

---

<sup>578</sup> En este punto, es imprescindible recordar el artículo 520.2 i) LECR, en el que se dispone el derecho del detenido a ser reconocido por el médico forense o, en su defecto, el facultativo sustituto legal de la institución en la que se encuentre, o cualquier otro, dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

Evidentemente, sería aconsejable la implantación de un protocolo de actuación, consensuado entre las instancias judicial, las FCSE y el correspondiente Instituto de Medicina Legal, para garantizar que las tomas de muestras se realizan en dependencia policiales.

Resulta interesante destacar el caso específico de detención de los inmigrantes ilegales, recordando que el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, aprobó el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, el cual establece en su artículo 6 que los centros de internamiento de extranjeros, deberán contar en sus instalaciones con asistencia sanitaria. Igualmente, en su art 74 se establece que, dicha asistencia sanitaria, dispondrá de asistencia personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y urgente de los internos. Por ello, si el detenido hubiese sido trasladado a un centro de internamiento, el abogado podrá solicitar que, al detenido, se tomen las muestras, por el personal sanitario del centro y sea atendido.

## CAPITULO IV

### LA DETENCIÓN: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS, ESPECIALES E INTERNAMIENTOS

#### 1.- Introducción y cuestiones previas

En este capítulo desarrollaremos algunos de los casos de privación de libertad personal admitidos constitucionalmente, ocupándonos de los más controvertidos, destacando la identificación de personas (con la que abordaremos la preservación del orden público en defensa de la seguridad ciudadana y la seguridad pública); revisaremos la evolución normativa de la identificación, con la que distinguiremos entre la que se realiza *in situ*, de la que requiere un traslado a dependencias policiales.

A continuación, nos ocuparemos de los supuestos especiales de detención en alta mar; de menores; por terrorismo y, por último, de los internamientos, en establecimientos o lugares dispuestos para ello, de enajenados; por enfermedad infecto-contagiosa; de menores; y de extranjeros.

Por lo tanto, se excluyen del estudio de nuestro trabajo por excederse ampliamente sobre el verdadero objetivo que pretendemos alcanzar: la prisión provisional -artículo 17.4 CE-; las penas privativas de libertad -artículo 25.2 CE-; las medidas de seguridad -artículo 25.2 CE- y el arresto del quebrado -artículo 1.2 LO 8/2003-. Todo ello como consecuencia de que en dichos casos existe una resolución judicial que así lo dispone, y también como resultado de que el TC, al interpretar el artículo 1 LOHC, considera como causa de inadmisión del procedimiento del *habeas corpus* que la situación efectiva de privación de libertad haya sido dispuesta por el juez.

Ciertamente, la detención preventiva del artículo 17.2 y 3 CE es la manera más usual en la que se produce la privación de libertad personal, siendo consecuencia de la comisión o posible participación del sujeto en un ilícito penal. No obstante, existen a su vez otras formas de privación de libertad personal, por ejemplo, los internamientos antes referidos, que son aceptados por el propio artículo 17.1 CE y el artículo 5.1 CEDH<sup>579</sup>.

En cuanto al CEDH respecta, el tenor literal del artículo 5.1 CEDH<sup>580</sup> -que el artículo 17.1 CE transcribe - resulta muy genérico, por lo que es imprescindible tener presente la jurisprudencia e interpretación del TEDH, el cual ha declarado que el “objeto y fin” del artículo 5 en toda su extensión, es “precisamente asegurar que nadie sea privado, de forma arbitraria, de su libertad personal”<sup>581</sup>.

## **2.- La identificación**

Trataremos de distinguir diversos aspectos de dicha figura en la LOPSC 4/2015, en cuanto a sus efectos, gravedad y trascendencia jurídica.

---

<sup>579</sup> A su vez, dentro de los casos relacionados con el internamiento, nos hallamos con los siguientes supuestos: el de toda persona que sea susceptible de ser portadora de enfermedad infecto-contagiosa y pueda propagar dicha enfermedad; el internamiento de menores; de extranjeros, y, por último, el internamiento de alcohólicos, toxicómanos y vagabundos. Todos ellos son supuestos que aparecen recogidos en el artículo 5 CEDH. Tengamos en cuenta, al respecto de estos casos, que toda privación de libertad personal, para que pueda llevarse a efecto, ha de cumplir escrupulosamente con los requisitos exigidos por la norma jurídica, por lo tanto, todo internamiento recogido en dicho precepto, ha de reunirlos.

<sup>580</sup> Artículo 5.1 CEDH ya expuesto.

<sup>581</sup> TEDH Asunto de X v. el Reino Unido, Sentencia de 5 de noviembre de 1981, Serie A. Nº 46, página 19, párrafo 43.

La conducción de personas a dependencias policiales con fines de identificación prevista en la actualidad en la LO 4/2015. se reguló por primera vez en el artículo 20.2 LOPSC 1/1992 (derogada). El contenido de dicho artículo implantó la posibilidad de que las FCSE pudieran trasladar a personas indocumentadas a dependencias oficiales próximas, con la finalidad de proceder a su debida identificación<sup>582</sup>.

No podemos obviar que la entrada en vigor de la actual LO 4/2015 LOPSC, tuvo como propósito principal, entre otros, disminuir las dificultades interpretativas que perduraban, sin olvidar la exégesis llevada a cabo por el TC a lo largo de los años a este respecto<sup>583</sup>. Sin embargo, aunque en la nueva LOPSC se ampliaron las garantías de los sujetos ante eventuales prácticas arbitrarias en estos procedimientos de identificación, permanecen algunas cuestiones necesitadas de una mayor atención.

En la Exposición de Motivos de la LOPSC 4/2015 se declara que la reforma de la legislación ha consistido en la inclusión de la doctrina del TC -el artículo 16 LOPSC es el precepto que constituye el reflejo de tal incorporación-. Su *ratio legis* es el estricto desempeño por parte de la autoridad, sus agentes y el conveniente control por el órgano jurisdiccional,

---

<sup>582</sup> Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, ya derogada, disponía en su artículo 20.2 que “de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.

<sup>583</sup> En este sentido, podemos señalar que la LOPSC 4/2015, entró para reforzar las garantías de los ciudadanos, frente a eventuales prácticas, abusivas o arbitrarias, en las diligencias de identificación, aunque para ello ha sido necesario implementar esenciales cambios en el texto proyectado, al que se le atribuía ser aún más restringido que la norma entonces vigente, y no haber valorado la totalidad de las previsiones que efectuó en su momento el TC en la determinante sentencia 341/1993.

del cumplimiento de los principios de legalidad y de proporcionalidad cuando sea necesario restringir el ejercicio de las libertades ciudadanas.

Hay que tener presente que con la normativa actual se afinan con mayor exactitud los requisitos habilitantes y las circunstancias y exigencias de la identificación de las personas. Como decíamos, es el artículo 16 LOPSC<sup>584</sup> el que a través de sus cinco apartados, trata de regular con detalle la identificación de personas. Su estructura final dispone que el traslado a dependencias policiales, podrá ser realizado por los agentes de la autoridad, en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas.

Al mismo tiempo, dicha conducción podrá tener lugar, únicamente, cuando se den las siguientes condiciones: existencia de indicios objetivos en cuanto a que los requeridos han podido ser partícipes en la comisión de una infracción penal o administrativa, o en el caso de que en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento, se suponga razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> Dicho precepto se posicionó -jurídicamente- en el lugar del derogado artículo 20 LOPCS 1/1992.

<sup>585</sup> En la Exposición de Motivos de la LOPSC 4/2015 se afirma que la legitimación a los agentes de las FCSE para la práctica de identificaciones en la vía pública, no se justifica genéricamente en el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad ciudadana, sino que es precisa la existencia de indicios de participación en la comisión de una infracción, o que razonablemente se considere necesario realizar la identificación para prevenir la comisión de un delito. Y podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente, por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que le cubra, impidiendo o dificultando la identificación, es decir, cuando fuere preciso a los efectos indicados.



Seguidamente, y partiendo de la base de que la identificación de las personas constituye una actividad propia y esencial de las FCSE, con el fin del mantenimiento, garantía y preservación del orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública -marco imprescindible para el ejercicio de los derechos fundamentales y disfrute de las libertades públicas-, afrontaremos la distinción entre dichos conceptos, con la intención de mostrar si la identificación de los ciudadanos constituye un elemento ineludible, y si su realización está dentro de los parámetros marcados previamente por la Constitución Española.

### **2.1.- Distinción entre orden público, seguridad ciudadana, y seguridad pública.**

En el Capítulo I vimos el orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad pública, y su relación con el derecho a la libertad personal.

Así, el orden público (artículo 16.1 y 21.2 CE)<sup>586</sup> ha de ser entendido como el mantenimiento y preservación de la normas imperativas dispuestas para el respeto y cumplimiento de los principios fundamentales de la convivencia, y ello también con el carácter de derecho subjetivo exigible para el libre ejercicio de los derechos y las libertades.

Diferenciando el orden público de la seguridad ciudadana -realizada a través de las FCSE, artículo 104.1 CE<sup>587</sup>- y de la seguridad pública -

---

<sup>586</sup> Artículo 16.1 y 21.2 CE, como limitación a la libertad religiosa y prohibición de manifestaciones.

<sup>587</sup> El artículo 104.1 CE dispone que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo el gobierno de la nación, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

competencia del Estado, artículo 149.1.29 CE<sup>588</sup>-, consideradas, ambas, como el derecho a proteger el ejercicio de tales derechos fundamentales y libertades públicas, que tan solo podrán limitarse ante otros derechos y libertades igualmente protegidos por la Constitución Española.

Por lo que, partiendo de lo ya expuesto, trataremos de añadir a ello un enfoque más concreto sobre las singularidades que permitan distinguir entre el orden público tradicional y la actual seguridad ciudadana.

Comenzaremos señalando que el “orden público” puede contemplarse como límite a la autonomía de la voluntad, como imposición del poder ejecutivo, y como derecho de los ciudadanos para poder ejercitar sus derechos fundamentales y libertades públicas, disponiendo de la tranquilidad necesaria que les permita materializar su proyecto de vida

Como es sabido, el orden público aparece en dos artículos de nuestra Norma Suprema, en el 16.1 CE<sup>589</sup>, en donde ajusta un límite a las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto, y el artículo 21.2 CE<sup>590</sup> en el que se especifica como un límite al derecho de reunión en lugares de tránsito y de manifestación. Por consiguiente, su preservación, implica la limitación a una serie de derechos.

---

<sup>588</sup> El artículo 149.1. 29.<sup>a</sup> CE señala como competencia exclusiva del Estado la seguridad pública.

<sup>589</sup> Artículo 16.1 CE. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

<sup>590</sup> Artículo 21.2 CE. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Sobre la búsqueda del concepto de orden público, afirma DE CASTRO que tratar de definirlo “es aventurarse en arenas movedizas”, y califica dicha búsqueda como un suplicio para la inteligencia, añadiendo que “es como caminar por una senda cubierta de espinas”, o “cabalgar con un caballo fogoso que nunca sabe a dónde llevará”. Hemos transcrito la literalidad de tales expresiones porque dan una idea de la complejidad de su definición<sup>591</sup> y, desde luego, no podemos estar más de acuerdo con su posición, puesto que la lectura de la doctrina que se ha ocupado de ello, nos muestra la disparidad de opiniones y, por ende, la dificultad de tal propósito.

En esta línea, FERNÁNDEZ FERNANDEZ ya nos advierte que el orden público, tradicionalmente “ha sido catalogado en muy diversos sentidos, se ha venido clasificando en material y formal, amplio o restringido, llegando a distinguirse entre orden público jurídico, económico, familiar, e incluso medioambiental”<sup>592</sup>.

Como ponen de manifiesto FREIXES SANJUÁN y REMOTTI CARBONELL “el orden público constituye, por tanto, un interés social constitucionalmente reconocido que pone límite al ejercicio de derechos de libre manifestación de las ideologías, convicciones religiosas o de culto y de los derechos de reunión en lugares de tránsito público y de manifestación, cuando concurren determinadas circunstancias”<sup>593</sup>.

---

<sup>591</sup> CASTRO Y BRAVO, F.: Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El Orden Público. La Protección del consumidor, Anuario de Derecho Civil 1982, Tomo XXXV, Fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, octubre-diciembre 1982, página 1.021 y siguientes.

<sup>592</sup> FERNÁNDEZ FERNANDEZ, A.: Orden público y seguridad ciudadana. Modificaciones normativas, Revista de Derecho UNED, número 17, 2015, página 300.

<sup>593</sup> FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI CARBONELL, J. C.: La Configuración Constitucional de la Seguridad Ciudadana, Revista de Estudios Políticos Nueva Época, número 87. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-marzo 1995, página 146.

Según el TS, el orden público está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada<sup>594</sup>.

Respecto del significado de orden público y su ubicación en las normas procesales, según señala el TC que este sector del ordenamiento está “(...) imbuido en el orden público” y en él operan los principios de “(...) la buena fe, la diligente actitud y la lealtad intersubjetiva, que no pueden quebrantarse por conductas interesadas y sinuosas”<sup>595</sup>.

De ese modo y en un sentido amplio, podemos señalar que el orden público tiene dos aspectos básicos. El primero ha de ser entendido como el sostenimiento de las normas imperativas -las cuales limitan la autonomía de la voluntad de los ciudadanos- para la preservación de los principios esenciales de convivencia. Y, un segundo sentido, en el que debe ser considerado como el derecho subjetivo -también marco esencial- que tienen las personas al libre ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, encontrándose el Estado obligado a preservar y facilitar ese libre desarrollo, concediendo las capacidades para neutralizar cualquier tipo de amenaza.

Por lo tanto, si tomamos de un lado el “orden público”, considerado como atributo del Estado -prohibiendo su ejercicio a los particulares-, instituido como garantía de las libertades de los ciudadanos y, de otro, la “seguridad ciudadana”, entendida como el derecho subjetivo -protegido por

---

<sup>594</sup> STS, de 5 de abril de 1966. En esta misma línea, se posiciona IZU BELLOSO, M. J.: Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978, Revista Española de Derecho Administrativo número 58, editorial Cívitas, abril-junio de 1988, página 4.

<sup>595</sup> STC 108/1985, de 8 de noviembre.

los poderes públicos- de las personas a ejercer sus derechos<sup>596</sup>, llegaremos a la conclusión de que la distinción entre ambos estriba en que el “orden público” es un atributo del poder, y la “seguridad ciudadana” es un derecho, que ha de ser protegido por el Estado.

Nos ocuparemos a continuación de esta condición de derecho subjetivo que, como decíamos, posee la seguridad ciudadana, que representa, indudablemente, una de las misiones más importantes de las FCSE.

Sobre la seguridad ciudadana, consideran con acierto FREIXES SANJUÁN y REMOTTI CARBONELL que, constitucionalmente hablando, ésta adopta una función prestacional a cargo del Gobierno, quién la proporciona a través de las FCSE bajo la dependencia de aquél, siendo por lo tanto, los agentes de la autoridad -funcionarios públicos- los que, a su vez, se erigen en un instrumento de garantía institucional de la seguridad ciudadana y del libre ejercicio de los derechos y libertades<sup>597</sup>.

Y sobre esto último, añaden que del tenor literal del artículo 104.1<sup>598</sup> CE se desprende que la seguridad ciudadana, los derechos fundamentales y las libertades públicas “constituyen instituciones jurídico-constitucionales que tienen una configuración y una posición jurídica distinta. La seguridad ciudadana es un bien constitucionalmente protegido y, como tal, ocupa una

---

<sup>596</sup> Derechos que solo podrán ser limitados, a su vez, por otros derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, protegidos por la CE, ponderando unos y otros.

<sup>597</sup> FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C.: La configuración constitucional...op. cit., página 160.

<sup>598</sup> Artículo 104.1 CE. Las FCSE, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

categoría constitucional distinta a la de un derecho o una libertad reconocidos en la Constitución”<sup>599</sup>.

Por nuestra parte, observamos que estos autores, separan los derechos fundamentales de las libertades públicas y, ambos a su vez, de la propia seguridad ciudadana. Desde nuestro punto de vista, a su postura le haríamos una matización, señalando que la distinción entre ellas es jurídica –y conceptual- es indudable, sin embargo, están tan relacionadas que la afectación de una incide directamente en las otras.

Siguiendo en esta línea, advierte el profesor MARTÍN RÍOS que todas las actuaciones “en su afán de preservar la seguridad ciudadana, comportan restricciones de libertad personal, presentan de forma intrínseca esa dificultad de conciliar adecuadamente los intereses en conflicto y de encontrar, la justeza de la proporcionalidad”<sup>600</sup>.

Sobre ello, señalaremos que resulta obvio que estamos ante un equilibrio que es verdaderamente difícil de encontrar. Resultaría complicado encajar el respeto extremo a la libertad personal, con una seguridad ciudadana plena y garantizada. El Estado tiene en las FCSE el medio, pero éstos, a su vez, requieren de sus instrumentos –dispuestos por ley- para lograr un respeto pleno de los derechos fundamentales y un disfrute efectivo de las libertades públicas.

Más allá de lo referido en cuanto a la valoración de la seguridad ciudadana, se posicionó DE LA VEGA BENAYAS, señalando que ésta” no es, pues, un derecho fundamental. Es una aspiración, un deseo social e

---

<sup>599</sup> FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C.: La configuración constitucional...op. cit., página 143.

<sup>600</sup> MARTÍN RÍOS, PÁGINA: El derecho a la libertad personal frente a la “retención policial con fines de identificación”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 112, página 92.

individual, un resultado de la eficacia de la protección policial. En ningún caso un valor primero o superior porque, como decía Rousseau, también se vive tranquilo en los calabozos. Lo importante, según esto, es que los calabozos estén ocupados por verdaderos culpables o al menos por ciudadanos con racional sospecha de haber cometido un injusto”<sup>601</sup>.

A lo que añade respecto de la libertad personal que “es un valor superior y un derecho fundamental y, en ese concepto, sólo puede ser limitada ante la presencia de otro derecho fundamental y mediante ley orgánica que guarde la debida proporcionalidad, de tal modo que su sacrificio aparezca adecuadamente justificado. La paz social, el orden público, la seguridad ciudadana no pueden invalidar al derecho, salvo casos excepcionales y justificados”<sup>602</sup>.

Por nuestra parte, sin duda alguna, es fácilmente asumible la postura manifestada por la autora citada, sin embargo, –utilizando sus propias palabras- nuevamente emplazamos el conflicto a la determinación de qué entendemos por “excepcionalidad y justificación”. Es decir, esto nos conduciría a tener más indeterminación y ambigüedad, que es precisamente de lo que debe huir el derecho.

En cuanto a la postura adoptada por el TC<sup>603</sup>, observamos que éste concede a la protección de los bienes o intereses sociales recogidos en la

---

<sup>601</sup> DE LA VEGA BENAYAS, C. Magistrado del TC. Voto particular disidente respecto de la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, sobre la constitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad acerca de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Punto 1, apartado E).

<sup>602</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre, Voto particular de don Carlos de la Vega Benayas, apartado J).

<sup>603</sup> Como ya expusimos en el capítulo I, el TC incluyó entre las privaciones de libertad personal, además de la detención preventiva y los internamientos, el supuesto de la conducción de los ciudadanos a las dependencias policiales con la finalidad de su identificación. Supuesto que afrontaremos detalladamente en páginas siguientes.

CE, efectos distintos que a los derechos fundamentales y libertades públicas. Señalando el Alto Tribunal que la Constitución Española “establece una jerarquía entre los mismos al entender que existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”<sup>604</sup>.

El TC, como vimos en una gran cantidad de resoluciones, ha exigido que las limitaciones a la libertad personal deben ser regidas por el principio de proporcionalidad, al cual se le adjudican tres vertientes: la primera, referente a la idoneidad de la restricción en concordancia con el logro del objetivo perseguido; la segunda, sobre su necesidad motivada por la falta de otra medida menos lesiva para la consecución del mismo resultado; y, la tercera, en lo relativo a su proporcionalidad en sentido estricto sobre dicha limitación, como consecuencia de derivarse de ella un beneficio para el interés general, que es lo que evidenciaría la necesidad de un cierto sacrificio del ejercicio del derecho a la libertad personal.

Ésta es sustancialmente la doctrina que marcó el TC<sup>605</sup>. Por lo tanto, analizando el concepto de seguridad ciudadana que mantiene el TC<sup>606</sup>, advertimos que la considera como la actividad dirigida a la protección de personas, bienes y la preservación de la seguridad.

En lo relativo a la aludida preservación de la seguridad ciudadana, recordamos que según dispone el artículo 11 LO 2/1986 FCSE<sup>607</sup>, así como

---

<sup>604</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero.

<sup>605</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre. Considerada en su conjunto como punto de partida de dicha doctrina jurisprudencial.

<sup>606</sup> STC 155/2013, de 10 de septiembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>607</sup> Artículo 11. LO 2/1986, de 13 de marzo, FCSE. 1. Las FCSE tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad



---

ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias. b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa. c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran. d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades. e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana. f) Prevenir la comisión de actos delictivos. g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia. i) Colaborar con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil.

2. Las funciones señaladas en el párrafo anterior serán ejercidas con arreglo a la siguiente distribución territorial de competencias: a) Corresponde al Cuerpo Nacional de Policía ejercitar dichas funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine. b) La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía podrán ejercer las funciones de investigación y las de coordinación de los datos a que se refieren los apartados g) y h) del número 1 de este artículo, en todo el territorio nacional. La Guardia Civil, para el desempeño de sus competencias propias, podrá asimismo realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional, cuando ello fuere preciso. En todo caso de actuación fuera de su ámbito territorial, los miembros de cada Cuerpo deberán dar cuenta al otro de las mismas.

4. Sin perjuicio de la distribución de competencias del apartado 2 de este artículo, ambos Cuerpos deberán actuar fuera de su ámbito competencial por mandato judicial o del Ministerio Fiscal o, en casos excepcionales, cuando lo requiera la debida eficacia en su actuación; en ambos supuestos deberán comunicarlo de inmediato al Gobernador civil y a los mandos con competencia territorial o material; el Gobernador civil podrá ordenar la continuación de las actuaciones o, por el contrario, el pase de las mismas al Cuerpo competente, salvo cuando estuvieren actuando por mandato judicial o del Ministerio Fiscal.

5. En caso de conflicto de competencias, ya sea positivo o negativo, se hará cargo del servicio el Cuerpo que haya realizado las primeras actuaciones, hasta que se

el artículo 104 CE, es función de las FCSE el prevenir la comisión de tipos penales y la correspondiente investigación, para encontrar y proceder a la detención de los presuntos culpables.

Y continuando en esta línea de la doctrina del TC, la seguridad ciudadana<sup>608</sup> queda entrelazada con la seguridad pública –ambas, en principio, de titularidad difusa- a la que llegamos como derivada de aquella.

La jurisprudencia del Alto Tribunal considera que las categorías de seguridad ciudadana -artículo 104 CE- y seguridad pública -artículo 149.1. 29ª CE- quedan calificadas, prácticamente, como conceptos idénticos o sinónimos<sup>609</sup>. En equivalente sentido se posicionó el Consejo de Estado en su Dictamen 557/2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica<sup>610</sup>.

Pero sobre la distinción entre ambas figuras, es oportuno destacar la STC de 18 de diciembre de 1984, en la que se define -y matiza su similitud con la seguridad ciudadana- la seguridad pública del artículo 149 CE, como “el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a personas y bienes por toda clase de medios de agresión y por los elementos naturales o extraordinarios en tiempo de paz cuando la

---

resuelva lo procedente por el Gobernador civil o las instancias superiores del Ministerio del Interior, sin perjuicio de lo dispuesto para la Policía Judicial.

6. Al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, el Ministerio del Interior podrá ordenar que cualesquiera de los Cuerpos, asuma en zonas o núcleos determinados, todas o algunas de las funciones exclusivas asignadas al otro Cuerpo.

<sup>608</sup> Siguiendo la interpretación que se realiza en la Exposición de Motivos de la LOPSC,

<sup>609</sup> No obstante, es necesario realizar algunas matizaciones al respecto. La CE no utiliza el concepto de orden público para referirse a la protección del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sino que habla de seguridad ciudadana.

<sup>610</sup> Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014.

amplitud y gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de calamidad pública”.

Merece la pena recordar la definición que dio RECASENS I BRUNET sobre la seguridad pública, como “la competencia de las instancias públicas cuyo objetivo consiste en establecer, mantener y eventualmente restaurar las condiciones de un estado de convivencia que permita el efectivo ejercicio de derechos y libertades de todos sus habitantes”<sup>611</sup>.

Por su parte, el Alto Tribunal, la califica como “la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano<sup>612</sup> comprendiendo las medidas necesarias que en virtud de la protección civil deban ser adoptadas para la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia”<sup>613</sup>

En cuanto a quién compete la seguridad pública, como decíamos antes, ésta se encuentra contenida en el artículo 149.1.29<sup>614</sup> CE, precepto relativo a la determinación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el que se atribuye al Estado la competencia respecto de la seguridad pública.

Tras todo lo dicho, y, en otras palabras, los miembros de las FCSE que se encuentren en el ejercicio de sus funciones de investigación o

---

<sup>611</sup> RECASENS Y BRUNET, A.: La seguridad y sus políticas...op. cit., página 133.

<sup>612</sup> Sentencias del TC: 33/82, de 8 de junio de 1982 Fundamento Jurídico 4, párrafo segundo y 117/198, de 5 de diciembre de 1984, Fundamento Jurídico 2, apartado d).

<sup>613</sup> STC 133/ 1990, de 30 de julio de 1990, Fundamento Jurídico 4.

<sup>614</sup> Según dispone el artículo 149.1. 29ª CE, será de competencia estatal la seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las CCAA en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

prevención, podrán proceder a la identificación de las personas y sujetos, en el mismo lugar en el que se esté realizando tal requerimiento o en la misma vía pública. Siempre que se considere que el conocimiento de la identidad de la persona a la cual se solicita, es necesaria e imprescindible para el correcto ejercicio de la protección de la seguridad pública.

Dicho lo cual, en modo alguno puede considerarse una práctica libre o arbitraria, sino que estas identificaciones deben seguirse, exclusivamente, ante sospechas suficientemente fundadas y objetivamente relacionadas respecto de la comisión de un posible delito o infracción administrativa. Podríamos denominar lo anterior como, el ejercicio de una potestad de valoración de proporcionalidad entre las sospechas y la propia identificación.

En cuanto a los sujetos titulares de la seguridad pública, nos hallamos ante una pluralidad de sujeto activo, dado que el Gobierno es el sujeto activo primario, siendo los miembros de la FCSE los sujetos secundarios y, por último, el sujeto pasivo único es el conjunto de la ciudadanía, en su condición de partícipes de vida de la comunidad.

Su contenido y finalidad residirá en las medidas de prevención, protección, garantía y reparación que se tengan que adoptar para que los ciudadanos puedan intervenir libremente y con garantías en los distintos niveles y formas participativas que presenta la vida en comunidad.

En términos generales y a tenor de lo establecido en la Constitución Española, da la impresión que el constituyente entendió la seguridad pública como un concepto que va más allá de las funciones propias de las FCSE o de la seguridad ciudadana, y llega a otras misiones tales como las relacionadas con catástrofes, desastres naturales, desgracias y situaciones similares cuya competencia tiene, en su conjunto, atribuida de forma exclusiva el Estado.

Es decir, la seguridad pública está configurada como un bien jurídico constitucionalmente reconocido y cuya protección compete al Estado - como sujeto activo primario y a las FCSE como sujeto activo secundario-. Adoptando las medidas y medios preventivos para garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones jurídicas que, en nuestro caso, afecten a la libertad personal.

## **2.2.- Evolución normativa y jurisprudencial de la identificación policial**

Como es sabido, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPSC 1/1992 (derogada), nos hallábamos en una situación comprometida por dos posiciones opuestas. De un lado, la constante exigencia por parte de los agentes de la autoridad de una normativa legal que diese cobertura a la posibilidad de restringir la libertad personal a un sujeto por un breve espacio de tiempo, ello con el objetivo de realizar las diligencias necesarias para la comprobación de su identidad. Y, por otro lado, una parte de la doctrina, FAIRÉN GUILLÉN y RAMÓN MENDEZ entre otros, reclamaban que a la figura de la identificación se le aplicaran las garantías propias de una verdadera detención<sup>615</sup>.

En este sentido, GARCÍA MORILLO sostiene que no se trata de una facultad incondicionada, sometida únicamente al libre albedrío del agente interviniente, sino que está vinculada al cumplimiento de las funciones de prevención y represión del delito, y las infracciones<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: La identificación de personas desconocidas: examen del artículo 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana, Justicia 3, Madrid, 1992, página 519 a 536, y RAMÓN MENDEZ, F.: la retención policial, Justicia 3, Madrid. páginas, 519 a 527.

<sup>616</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional...op. cit., página 152.

Podemos comprobar en la Exposición de Motivos de la LOPSC 1/92 (derogada), que se proclamaba, como una de sus finalidades, proteger la seguridad ciudadana. En el artículo 20.1 de la citada norma<sup>617</sup>, se permitía a los agentes de las FCSE que se encontrasen en el ejercicio de sus funciones de investigación o prevención, solicitar la identificación de las personas y llevar a cabo todas las averiguaciones necesarias, tanto en espacios públicos, como en el propio lugar en el que se encuentren, ello cuando fuese imprescindible o necesaria.

Continuaba dicho precepto indicando en su punto segundo que de no conseguirse la identificación por cualquier medio y considerarse realmente necesaria, los agentes actuantes tendrán la posibilidad de solicitar a las personas que no hayan podido ser identificadas a que les acompañasen a las dependencias policiales más próximas, en las que tengan a disposición los medios necesarios para realizar de forma efectiva la correspondiente identificación y ello por el tiempo estrictamente imprescindible.

Debemos llamar la atención sobre la inseguridad que podía producirse en ambas situaciones que, en nuestra opinión, no forman un todo, aunque se hallen relacionadas entre sí. Nos referimos a la distinción entre solicitar la identificación *in situ* y la que implica traslado a sede policial para su realización. No tienen las mismas consecuencias legales, ni se trata de opciones alternativas con un mismo fin. La segunda -trasladar- solo puede ser como consecuencia de la actuación fallida de la primera -

---

<sup>617</sup> El artículo 20.1, LOPSC 1/92, de 21 de febrero, (ya derogado) en su literalidad, establecía que, “los agentes de las FCSE podrán requerir, en el ejercicio de las funciones, de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que, el conocimiento de la identidad de las personas requeridas, fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que, a los agentes, encomiendan la presente ley y la LOFCS”.

identificar-, circunstancia ésta de la que nos ocuparemos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Por ello remarcamos la diferencia existente entre la identificación<sup>618</sup> y, el traslado. En ambos casos, no sólo se exige que su práctica sea necesaria, sino que ha de estar relacionada con la actuación para impedir la comisión de un delito o con el objeto de sancionar una infracción.

Incide sobre ello el TC cuando mantiene que no podrá dirigirse a cualquier persona que no haya podido ser identificada, dado que el principio de proporcionalidad lo impide, en esa situación, la gravedad de tal medida -y su evidente desproporción-, la convertirían en una actuación inconstitucional. Y es por ello que el TC prosigue indicando que “tan solo se podrá realizar a las personas de las que, razonable y fundadamente, puede presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un delito (...) o aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una infracción”<sup>619</sup>.

El artículo 20.2 LOPSC 1/92 causó una gran polémica. Se consideró que este precepto implantaba en el ordenamiento jurídico español una figura jurídica inédita hasta el momento. Llegó a ser denominada “retención policial”, interpretándola contraria a lo dispuesto en el artículo 17.1 CE.

Tal postura se alegó y sostuvo con el respaldo que concedía la propia jurisprudencia del TC, quien con anterioridad había destacado en su sentencia 98/1986 que la detención es algo fáctico y que no hay zonas intermedias entre detención y libertad. Y, en consecuencia, el *status* de una

---

<sup>618</sup> El cual, como decíamos, no solo procederá cuando se realice en el ejercicio de las funciones de indagación o prevención de la comisión de ilícitos penales, sino cuando el conocimiento de la identidad de las personas requeridas, fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad.

<sup>619</sup> STC 341/93, de 18 de noviembre Fundamento Jurídico 3.

persona que se ve conminada a acompañar a los agentes policiales a una dependencia oficial, habría de ser calificado como detenido, a todos los efectos legales.

De modo que, en base a dichos argumentos, se presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad<sup>620</sup> y se cuestionaron los artículos 20.2, 21.1, 25, 26.j), 37, 38.1 y la Disposición Derogatoria, cuarto inciso de la LOPSC 1/92 (derogada).

Tras lo anterior, el TC<sup>621</sup> declaró que dicho artículo 20.2 no era contrario a la Constitución Española, aduciendo que uno de “los casos” a que se refiere el artículo 17.1 CE, es la medida de identificación en dependencias policiales, pues debido a las circunstancias de tiempo y lugar, es una situación que va más allá de una mera inmovilización instrumental de prevención o de indagación de la persona y, por ello, ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad personal, exigiendo que solo podrá afectar a personas no identificadas de las que, razonable y fundadamente, pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o, de aquellas que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa.

Por lo que podían requerir a quienes no pudieran ser identificados que les acompañasen a dependencias policiales próximas<sup>622</sup>, donde se

---

<sup>620</sup> Se presentaron una serie de recursos de inconstitucionalidad 1.045/92, 1.279/92 y 1.314/92, interpuestos, respectivamente, por noventa y un Diputados del Congreso, por el Parlamento de las Islas Baleares y por la Junta General del Principado de Asturias; y en las cuestiones de inconstitucionalidad 2.810/92 y 1.372/93, planteadas, la primera, por la Audiencia Provincial de Madrid, y la segunda, por la Audiencia Provincial de Sevilla, procesos que fueron acumulados.

<sup>621</sup> En su sentencia 341/1993, sobre cuyo alcance ya hicimos referencia en su momento.

<sup>622</sup> Los requisitos para la licitud de la exigencia de la identificación fueron, en principio, una doctrina precisada por el TC, quien exigió dos presupuestos esenciales. De un lado, la existencia de pretensiones de seguridad y de necesidad, porque la privación



contase con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación a estos solos efectos y por el tiempo estrictamente imprescindible<sup>623</sup>.

De lo expuesto, se aprecia cómo el TC confirmó la plena constitucionalidad de dicho precepto, siempre que se cumpliesen una serie de requisitos <sup>624</sup>, es decir, siempre que respete el principio de proporcionalidad, siéndole además aplicables el principio de limitación temporal de toda privación de libertad personal, previsto en el artículo 17.2 CE, y la primera de las garantías reguladas en el apartado 3 del citado precepto, esto es, la información de las razones por las que a una persona determinada, se le ha requerido para identificarse<sup>625</sup>. Así pues, en pocas

---

de libertad para la identificación tan solo puede perturbar a personas de las que razonable y fundadamente se sospeche que: se encuentran en disposición de cometer un ilícito penal; para prevenir su comisión o; que hubiese cometido una infracción administrativa. Ambos requerimientos derivaban de la función analítica e interpretadora seguida por el TC en su sentencia 341/1993.

<sup>623</sup> Recordemos que el Alto Tribunal en su sentencia 341/1993, acabó por admitir la legalidad de que los ciudadanos se allanaran a determinados requerimientos de los agentes de la autoridad, con el objetivo de que se hiciesen diligencias, imprescindibles, que persiguiesen la represión o la investigación de hechos ilícitos.

<sup>624</sup> En cuanto a los requisitos exigidos para su legalidad, el TC indicó, expresamente, que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas, de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición inminente o próxima de cometer un ilícito penal -de otro modo, no cabría entender la expresión legal “para impedir la comisión de un delito”- o aquellas, igualmente no identificables que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito, de reconocer a un infractor de la legalidad para sancionarlo. En este sentido se pronuncia la STC 341/1993, de 18 de noviembre, fundamentos jurídicos 4 y 5 respectivamente.

<sup>625</sup> En vista de lo señalado y en cumplimiento del punto 3 del artículo 17 CE, vemos que el intimado a acompañar a la fuerza policial, necesariamente ha de ser informado, de modo inmediato y forma comprensible, de las motivaciones de tal solicitud. En este mismo sentido se expresa el artículo 16.2 LOPSC disponiendo que el requerido habrá,

palabras, se requiere la concurrencia de: proporcionalidad, limitación temporal e información de los motivos.

Igualmente, señala el TC que el requerimiento a acompañar a comisaría no podrá dirigirse (infundadamente)<sup>626</sup> a cualesquier persona<sup>627</sup> que no haya logrado ser identificada, supuesto éste en el que la gravedad de la medida impondría un juicio de inconstitucionalidad, por existencia de una desproporción manifiesta, frente a esta previsión. No es así, sin embargo, aunque el precepto se refiera "a los mismos fines del apartado anterior" -que son los de protección de la seguridad ciudadana-. Es decir, la identificación sin reunir los presupuestos necesarios y el posterior traslado, en caso de negativa, sería una actuación arbitraria, dando lugar a una detención ilegal.

Básicamente, y en palabras del TC, "cuando se obliga a un sujeto, que no se encuentre en alguno de las situaciones previstas en la ley, a dirigirse a las dependencias policiales, se estará cometiendo una detención ilegal"<sup>628</sup>.

---

por tanto, de ser informado de dicha solicitud y del emplazamiento de los agentes, es decir, poner en su conocimiento los móviles de la conducción. El TC ha señalado que se está obligado a informar al requerido, sobre las causas que han dado lugar a la conducción a dependencias policiales.

<sup>626</sup> El comentario entre paréntesis es nuestro.

<sup>627</sup> Siguiendo la doctrina del TC, podemos afirmar que la privación de libertad con fines de identificación, no podrá ser aleatoria o injustificada. Sostiene el Alto Tribunal que "sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que, razonable y fundadamente, pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no cabe entender de otro modo, la expresión legal "para impedir la comisión de un delito") o, a aquellas igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una infracción administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento apto para los casos en que la necesidad de identificación, surja de la exigencia de prevenir un delito o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad. STC 341/1993, Fundamento Jurídico 5.

<sup>628</sup> STC 341/93, de 18 de noviembre, Fundamento Jurídico 3.

En cuanto a los derechos que como privado de libertad personal le asisten en ese momento, no será necesario proceder a informar al sujeto sobre el derecho a no declarar y la asistencia obligatoria de abogado en las diligencias policiales, ya que la verificación de las diligencias de identificación no admite la posibilidad de que se pueda efectuar algún tipo de interrogatorio. Es necesario no perder de vista que la única actuación posible será la averiguación de la identidad del sujeto requerido. Siendo lo anterior, consecuencia de que se trata de garantías procesales que no se ajustan a este supuesto concreto de privación de libertad personal.

Respecto de lo mencionado *ut supra*, advierte el TC que la conculcación de estos derechos provocará que se active el sistema de protección judicial de la libertad personal, muy en particular, la garantía del *habeas corpus* -artículo 17.4 CE-, que protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda posible devaluación de su sentido y, por lo tanto, también frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales.

Por consiguiente y tratando de concretar, diremos que el ordenamiento jurídico establece y el Alto Tribunal admite, la existencia de otros supuestos que limitan la libertad personal. Empero, es necesario conceder a estos “otros supuestos” contrarios al derecho fundamental de la libertad personal, las garantías de reserva de ley, respeto del plazo máximo de duración y, por supuesto, observancia de los derechos que pertenecen al privado de libertad personal, en atención a cada caso, puesto que la intensidad de la privación es diferente en comparación con las detenciones con finalidad penal<sup>629</sup>.

---

<sup>629</sup> Recordemos que, al respecto, el TC se había pronunciado a través de su sentencia 98/1986, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 6 de noviembre de 1980., Asunto Guzzardi), declarando que “entre la libertad y la detención de una persona, no cabían zonas intermedias, y que no era tolerable que situaciones

### 2.3.- Identificación *in situ* -retención simple-

La vigente LOPSC expone en su Preámbulo que el objeto es la protección del bien jurídico de la seguridad ciudadana y destaca al mismo tiempo que, entre otros, uno de los instrumentos imprescindibles para alcanzarla son las FCSE.

Por lo que, para la persecución de dicho fin, existirán actuaciones preventivas e incluso represivas, lo que provocará un conflicto en el respeto al derecho constitucional de la libertad personal. En consecuencia, dichas injerencias y restricciones, conllevan en sí mismas -intrínsecamente-, una difícil conciliación entre los intereses y derechos en conflicto<sup>630</sup>.

El artículo 16.1 LOPSC, dispone la identificación *in situ* como una simple y breve inmovilización de la persona, imprescindible para la consecución de la necesaria averiguación de datos, es decir, una

---

efectivas de privación de libertad, en las que, de cualquier modo, se impedía u obstaculizaba la autodeterminación de la conducta lícita, quedaran sustraídas a la protección que a la libertad dispensaba la CE”.

Por lo tanto, en aquel momento consideraba el TC que el detenido debería tener derecho al conjunto de las garantías que el artículo 520 LECR establecía para los privados de libertad personal. El Alto Tribunal, señaló que “una recta tipificación del concepto de “privación de libertad”, que figura en el artículo 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma Suprema, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad — en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la CE por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean”. STC 98/1986, de 10 de julio.

<sup>630</sup> Ello en búsqueda de los que el TS denominó “la justeza de la proporcionalidad”. STS, de 4 de febrero de 1994.

inmovilización fugaz que durará el periodo de tiempo indispensable que, necesariamente, habrá de preverse que será de pequeña duración.

En dicho precepto se indican los principios que han de respetarse en su práctica; igualdad de trato; proporcionalidad<sup>631</sup>; no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión y, por último, y como *númerus apertus*, cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En este sentido, MARTÍN RÍOS considera que las actuaciones correspondientes a las retenciones simples no comportan problemas en su aplicación al suponer meras restricciones, que no privaciones de libertad<sup>632</sup>. Entendemos que, cuando dicho autor se refiere a “retención simple”, está incluyendo a la identificación *in situ*.

Por otra parte, GARCÍA PORTILLO profundiza en esta cuestión poniendo de manifiesto que la identificación *in situ*, en sí misma, es difícilmente catalogable como una privación en sentido estricto. En palabras suyas, “se trata, por tanto, de una restricción de libertad, probablemente en

---

<sup>631</sup> El TC entiende que el artículo 17 CE permite a la Ley, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, regular los supuestos en los que, a una persona, es posible privarle de la libertad personal, e indica que la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que, por su grado de indeterminación, crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva, y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad.

Y, el Alto Tribunal apunta sobre ello que “vale aquí recordar lo que se dijo en la STC 178/1985, esto es, que debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”. STC 341/1993, Fundamento Jurídico 5.

<sup>632</sup> MARTÍN RÍOS, P.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 103.

la escala de menor grado o intensidad<sup>633</sup>. Interpreta este autor que “la identificación no acompañada de retención es, sin duda, el supuesto típico de restricción (...), no hay detención en sentido estricto, pero se priva a la persona de su libertad ambulatoria, tanto positivamente, pues se le obliga a hacer algo, cuanto negativamente, pues se le impide durante un tiempo marcharse”.

Durante la realización de una identificación *in situ* -retención simple- se formalizan las comprobaciones o la recopilación de datos personales en el lugar en el que se encuentre el sujeto o, en la misma vía pública en que se haya hecho necesaria<sup>634</sup>. No obstante, como advierte el Alto Tribunal, pueden proceder aunque en el afectado no haya indicios de haber cometido una infracción, es decir, en el curso de controles preventivos que suponen la puesta en práctica de “normas de policía”; esto es, en el desempeño de funciones de indagación o prevención<sup>635</sup>.

En cuanto a ello, el CEDH se ha pronunciado sobre la legalidad y admisibilidad de la obligación de identificarse y ha encuadrado dicho supuesto en el artículo 5.1 b) CEDH, que admite dicha obligación, “para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley”<sup>636</sup>. En atención a lo anterior, la Comisión señaló que, a efectos de determinar si la medida restrictiva de la libertad guarda la debida proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el perjuicio al derecho, es necesario realizar un

---

<sup>633</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional...op. cit., páginas, 142 y 151, respectivamente.

<sup>634</sup> El lugar concreto en que haya sido preciso llevar a cabo la solicitud de identificación personal o, en su caso, el registro personal –cacheo-, o la realización del test correspondiente para verificar el estado de un conductor –por ejemplo-.

<sup>635</sup> SSTS de 15 de abril y de 20 de diciembre de 1993, de 7 de octubre de 1985 y 18 de febrero de 1986.

<sup>636</sup> TEDH Asunto Mc Veigh O’Neill y Evans vs Reino Unido, Sentencia 8022/77, de 8 de marzo de 1981.

análisis de varias circunstancias: la duración, la urgencia de la medida adoptada y la inmediata ejecución de la obligación<sup>637</sup>.

Así pues, el TEDH concreta que el requerimiento de identificación ocupa el lugar más bajo de la escala y no trasciende de una mera inmovilización momentánea, en la graduación de la gravedad de las pérdidas de la libertad personal. Y sostiene que el CEDH considera que la identificación no posee la importancia necesaria para que pueda ser catalogada como una privación de libertad.

Por lo tanto, y en base a lo expuesto en apartados anteriores, coincidimos con una gran parte de la doctrina del TC y el TEDH, en cuanto a que la identificación *in situ* ingresa dentro de los supuestos de restricción de la libertad personal. Sin embargo, su graduación, no alcanza la gravedad suficiente para que pueda ser conceptuada como una detención incluida dentro del concepto amparado constitucionalmente. Por nuestra parte, entendemos que denominarla restricción de libertad legalmente establecida sería más ajustado, distinguiéndola conceptualmente de las privaciones de libertad personal permitidas por la ley, ello con meros efectos nominativos.

Siguiendo en esta línea nos ocuparemos ahora del supuesto de detención del sujeto identificado innecesariamente (vulneración del principio de proporcionalidad). En términos generales, y desde un principio podemos afirmar que será detención ilegal -167.1 CP- el traslado a dependencias policiales, con la intención de su identificación, cuando no se den los presupuestos recogidos en los artículos 492.4 LECR o 16.2 LOPSC<sup>638</sup> (motivos fundados en existir causa por delito y, represión y

---

<sup>637</sup> TEDH Asunto B. v. Francia, Sentencia 10179/1982, de 13 de mayo de 1987.

<sup>638</sup> En relación con los fines de la identificación, el artículo 16.2 LOPSC 4/2015 muestra dos aspectos importantes que guardan relación directa con el principio de proporcionalidad, el cual juega un papel determinante en dicho tipo penal. Por una parte, es imprescindible la existencia de una causa bastante para la solicitud de la

prevención de los delitos e infracciones, respectivamente), podemos sintetizarlo al máximo diciendo que será detención cuando no exista causa legal y suficiente que la justifique (arbitrariedad, en definitiva).

Ahora bien, como hemos visto, insistimos en que es necesario tener presente que la identificación “*in situ*” representa una mera restricción de la libertad, y, por el contrario, si dicha identificación conlleva un traslado a dependencias policiales, constituirá una privación de libertad personal de grado inferior. Ambas legales si se cumplen los presupuestos exigidos por la ley.

En consonancia con lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que, si se procede a la identificación sin suficiente respaldo fáctico, existirá arbitrariedad, e incluso cuando la supuesta justificación de existencia de “causa por delito” no pueda constatarse de forma objetiva. Sobre ello debemos destacar dos aspectos que nos resultan muy significativos y a la vez determinantes.

Por una parte, la actuación de los agentes en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, no añade o implica un criterio a tener en cuenta a la hora de poder integrar su intervención en el tipo del artículo 167.1 CP. Al respecto declara el TS<sup>639</sup> que “aunque los agentes habían actuado investidos de sus funciones la actuación fue abusiva desde el principio, al extralimitarse en su poder desde el momento inicial de los hechos”, y añade, de forma ilustrativa, que “el ejercicio de funciones de policía aparece como mera cobertura para una actuación arbitraria o no sujeta a los criterios de racionalidad que se expresa en el artículo 492 CP”.

---

identificación, la cual debe hacer por “cualquier medio” expresión que permite la utilización de cualquier vía efectiva y, por otra, el medio que se utilizará para el traslado a las dependencias policiales. La STS de 26 de marzo de 2014, resulta muy ilustrativa cuando cita literalmente la expresión “cualquier medio”.

<sup>639</sup> STS de 16 de junio de 2009.



Y, por otra, los agentes no podrán alegar -de forma genérica- en defensa de su intervención, que tenían fundadas sospechas, puesto que ello habría de ser respaldado con la aportación de datos objetivos y no simples apreciaciones subjetivas sin sostén fáctico, las cuales les impedirían la aplicación del artículo 530 CP.

Por lo que, finalmente llegamos a la conclusión que, a tenor de la jurisprudencia del TC, éste considera que la identificación *in situ* (retención simple) –suficientemente motivada y dentro de los parámetros legales- no constituye un supuesto de privación de libertad personal sino una restricción, injerencia o privación, de la libertad personal, de menor grado, amparada por la normativa vigente. Y en el caso de que ésta no fuese posible en el lugar en el que se solicita, el traslado a dependencias policiales para su realización, representa -éste sí- un caso de privación de libertad.

#### **2.4.- Identificación con traslado a dependencias policiales o retención**

Partiendo de lo visto anteriormente, ante la imposibilidad de proceder a una identificación *in situ*, nos surge la interrogante de si ello habilita a los agentes policiales únicamente para solicitar al sujeto en cuestión a que les acompañe a las dependencias policiales más cercanas o, por el contrario, permite la conducción coactiva a dichas instalaciones.

En la actualidad, y como hemos visto, la identificación policial *in situ* ha de ser incluida en la categoría de “retención simple”<sup>640</sup> -inmovilización

---

<sup>640</sup> En esta misma categoría jurídica incluimos, además de la identificación, el cacheo, la realización de los test de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o sustancias

momentánea de la persona, es decir, restricción de libertad personal-, sin embargo, en las próximas páginas abordaremos la identificación que conlleva traslado a dependencias policiales, a la que denominaremos en este caso “identificación con traslado” (si bien, también se le denomina “retención” o “retención policial”). Una actuación de las FCSE en absoluto excepcional y que en la práctica suele darse con cierta frecuencia.

A este respecto entendemos que existe una verdadera privación de libertad personal, y no una simple limitación de la misma si la medida pasa de ser simple petición a pura coerción, practicándose en contra de la voluntad del requerido y siendo ello realizado sin los presupuestos establecidos por la ley -presunción de inminencia en la comisión de un delito o infracción administrativa-. De ser así, a nuestro juicio, la afectación del artículo 17 CE resultaría indudable.

Como es sabido el artículo 16.1 LOPSC 4/2015, instituye un límite temporal insalvable. Nunca podrá aducirse la práctica de esta diligencia de identificación con traslado, con la finalidad de mantener a una persona más tiempo de seis horas en tales dependencias. Si así se hiciera, estaríamos hablando de una privación de libertad ilegal, en cuyo caso ya serían aplicables las garantías que la adopción de tal medida cautelar requiere<sup>641</sup>. En consecuencia, el plazo de duración de toda la intervención será el

---

psicotrópicas. Situaciones que, por su brevedad, constituyen una injerencia leve en la libertad ambulatoria de la persona.

<sup>641</sup> Como ya sabemos, en cuanto a la “duración” que establece el artículo 17.2 CE, señala el TC que el límite temporal de la permanencia en la dependencia policial, es el “tiempo imprescindible” lo que determina que la diligencia de identificación ha de realizarse de manera inmediata y sin dilación alguna.

El TC recalca que este límite constitucional que significa el plazo máximo de setenta y dos horas, no resulta trasladable, desde luego, al supuesto que consideramos, vista la notoria diferencia de alcance entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo. STC 341/1993 de 18 de noviembre, Fundamento Jurídico 6.

tiempo estrictamente necesario<sup>642</sup> para la identificación pretendida, y no podrá superar la duración señalada. Es decir, la diligencia de identificación no estará supeditada a las precisiones de la detención<sup>643</sup>.

Por su parte, el artículo 19 LOPSC 4/2015<sup>644</sup>, muestra con claridad que dicha identificación -con traslado- no constituye una detención preventiva o cautelar, al establecer que las diligencias de identificación,

---

<sup>642</sup> Es decir, la práctica de esta diligencia debe quedar limitada al tiempo mínimo indispensable -limitación que en su momento ya exigía el artículo 20.1 LO 1/92-, para efectuar la identificación, esto es, el necesario para realizar el traslado a las dependencias policiales y la toma de datos al detenido o a la actuación de cualquier otro acto dirigido a obtener la identificación y su comprobación.

<sup>643</sup> Siendo lo anterior una consecuencia de las recomendaciones que efectuó el Consejo de Estado, el cual, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de 2015, subrayaba la conveniencia de que se implantara una concreta limitación temporal máxima, a la duración que podría tener la retención con traslado a dependencias oficiales.

Del mismo modo, el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la actual LOPSC, profundizó en esa necesidad de establecer una duración máxima de la medida limitativa de libertad personal que supone, el traslado a las dependencias policiales, para la identificación del sujeto que se halla indocumentado. En dicho informe destacó la importancia de expresar, no solo la duración máxima de la retención, sino también el específico —e inexcusable— deber de los agentes actuantes, de informar cumplidamente a la persona requerida para la identificación sobre las causas y finalidad de su intervención, así como de su justificación legal.

<sup>644</sup> Artículo 19 LOPSC 4/2015. Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación. 1. Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención. 2. La aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.

registro y comprobación practicadas por los agentes de las FCSE, no estarán sujetas a las mismas formalidades que tal medida cautelar. En consecuencia, dispone que no le son de aplicación las garantías que son consideradas fundamentales e irrenunciables y que se detallan en el artículo 520 LECR, aunque esa aclaración habría de ser innecesaria.

En la LOPSC 4/2015 ya se exige, instaurándose de este modo en el ordenamiento jurídico, la doctrina y las interpretaciones que ha venido desarrollando el TC. Al respecto, abunda MARTÍN RÍOS asegurando que la retención practicada -identificación con traslado-, no podrá ser utilizada más que para la obtención de sus datos personales, no permitiéndose ningún otro tipo de investigación o interrogatorio. Si en su práctica se apreciara cualquier indicio de comisión de delito por el retenido, inmediatamente tendría que convertirse en una verdadera detención, asistiendo entonces al detenido todo el elenco de derechos que los artículos 520 a 527 LECR recogen<sup>645</sup>.

En este orden de cosas, en el análisis de la doctrina del Alto Tribunal, señala GARCÍA MORILLO que “la retención subsiguiente a la identificación fallida es ya, según ha declarado el TC, un supuesto -una modalidad- de privación de libertad, pues va más allá de una mera inmovilización momentánea de la persona”. Añadiendo que “respecto al motivo de la retención para identificar al sujeto, la justificación es que en determinadas circunstancias, resulta conveniente para proteger bienes y valores constitucionales, determinar la identidad de una persona, al objeto de actuar posteriormente contra ella si tal cosa fuere precisa”<sup>646</sup>.

Sobre este punto, MARTÍN RÍOS razona que “para los supuestos de conducción coactiva, lo procedente sería recurrir a la detención preventiva,

---

<sup>645</sup> MARTÍN RÍOS, P.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 103.

<sup>646</sup> GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional...op. cit., págs., 141 y 142.

medida cautelar expresamente regulada en la LECR y que, como sabemos, lleva aparejada el disfrute, por parte del sujeto afectado, de un robusto conjunto de derechos y garantías”<sup>647</sup>.

En línea con lo anteriormente mencionado por este autor, sostiene que “las meras restricciones de libertad se corresponden, por su menor intensidad, con las retenciones puras mientras que la conocida como retención -con traslado- constituiría una verdadera privación de libertad, como acto de naturaleza administrativa que no aparece vinculado a la existencia de un proceso penal”<sup>648</sup>. Es decir, lo que por nuestra parte denominamos retención simple o, mera identificación *in situ*<sup>649</sup>, MARTÍN RÍOS lo denomina retención pura.

Consideramos que es notoria la distinción entre ambas situaciones. En línea con lo manifestado por los autores citados, añadiremos que el traslado implica un plus de afectación a la libertad ambulatoria, lo que exige un aumento de las exigencias legales a la hora de cumplir los presupuestos normativos que permiten la privación de libertad personal, de lo contrario tal privación se convertiría inmediatamente en detención ilegal.

Al hilo de lo dicho anteriormente, veamos cómo afecta el requerimiento policial, o el libre consentimiento del sujeto, a dicho traslado para realizar la identificación en comisaría.

En el artículo 16.2 LOPSC 4/2015, se dispone la conducción a dependencias policiales con carácter subsidiario, dado que únicamente si se produce negativa a la identificación, o si esta no pudiera consumarse en el lugar de la solicitud, por cualquier medio, incluida la vía telefónica o

---

<sup>647</sup> MARTÍN RÍOS, P.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 105.

<sup>648</sup> *Ibíd*em, página 98.

<sup>649</sup> Nosotros denominamos identificación *in situ* a lo que MARTÍN RÍOS denomina “retención simple”.

telemática, podrá requerirse a la persona para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales más próximas en las que pueda efectuarse, informándole de modo inmediato y comprensible, de los fines pretendidos y de las razones del requerimiento.

Por tanto, representa una intervención supeditada al fracaso previo -incluso por vía telemática- de la identificación *in situ* –retención simple-, concurriendo al tiempo con una serie de requisitos que veremos a continuación.

En cuanto al consentimiento, el TC<sup>650</sup> considera que no existe en el sujeto requerido, una voluntariedad libre al respecto de cumplir con el requerimiento. No obstante, también señala que la actitud del intimado que acata la orden policial, expresa –es decir, pone de manifiesto- la voluntad de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes de la autoridad. Sin embargo, en nuestra opinión, tal actitud no implica necesariamente una voluntad libre, en el sentido del artículo 17.1 CE: *volui, sed coactus volui*<sup>651</sup>.

La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, su propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. Por lo tanto, no cabe hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del artículo 17.1 CE, cuando una de las opciones

---

<sup>650</sup> Recordemos que la STC 341/1993, de 18 de noviembre, Fundamento Jurídico 4º, recoge, a su vez, la contundente aseveración que sobre ello hizo el TEDH señalando que “una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte”. STEDH Asunto Wilde, Ooms y Versyp v. Bélgica, Sentencias 2832/66; 2835/66; y 2899/66, de 18 de junio de 1971,

<sup>651</sup> Podríamos traducirlo como “coaccionado, pero consentí”.

que se le ofrecen al individuo requerido es jurídicamente necesaria y la otra constituye una contravención<sup>652</sup>.

Por su parte, el TC sostiene que la conducción coactiva supone, con independencia de si se ha ejercido o no coerción de algún tipo, una privación de libertad, al no existir voluntariedad *stricto sensu* de quien atiende dicho requerimiento y, señala que, “entendemos excesiva su equiparación con la detención cautelar, por lo que el recurso a la retención con traslado, encontraría aquí su mayor virtualidad práctica”. Y, continúa apuntando, que la medida de identificación en dependencias policiales supone, por las circunstancias de tiempo y lugar, una situación que ha de ser considerada como privación de libertad<sup>653</sup>.

Esta posición, que adoptó el TC, fue muy criticada por una parte de la doctrina. Entre ellos podemos mencionar a CASAL HERNÁNDEZ, quien considera que “aceptar la constitucionalidad de una detención de contornos tan difíciles, coloca al derecho a la libertad personal en una situación de peligro, siendo ésta una posición opuesta a las exigencias del derecho a la seguridad”<sup>654</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que este autor aprecia el hecho de que se intenta superar la indefinición temporal de la detención (a efectos de identificación), apelando a la expresión “tiempo imprescindible” -que en

---

<sup>652</sup> A nuestro juicio, y siguiendo la doctrina del TEDH, resulta evidente que, si este acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad personal, perderían toda objetividad las garantías del artículo 17 CE y se podría llegar a la errónea conclusión de considerar de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste.

<sup>653</sup> STC 341/93, de 18 de noviembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>654</sup> CASAL HERNÁNDEZ, J. M.: Los derechos humanos y su protección, en Estudios sobre derechos fundamentales y derechos humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, 2008, página 339.

modo alguno podrá superar las 6 horas-, la cual sirve de poco en un precepto que guarda silencio respecto de las medidas que pueden ser practicadas para lograr la identificación. Sin embargo, tal indefinición sobre las medidas o los modos de averiguación de la filiación personal, a nuestro juicio, permite la utilización de cualquier medio posible para su conocimiento, postura que mantenemos y que ya hemos expuesto en otros apartados.

Acerca de la realización y práctica de la identificación –y, en su caso, del cacheo-, la Sala 2ª del TC se pronunció afirmando que dichas actuaciones<sup>655</sup> no incidían ni en el derecho a la libertad personal, ni tampoco en el de libre circulación de las personas<sup>656</sup>.

Al abordar la distinción entre retención “con traslado” y detención, y tras lo visto hasta el momento, es evidente que el TC considera la retención

---

<sup>655</sup> A pesar de ello, en nuestra opinión, en el desarrollo de controles preventivos, el mero requerimiento para la identificación, no se presenta ajustado a la exigencia de la comisión de infracción alguna, ni a la evitación de un ilícito, siendo éste un supuesto que se plantea con cierta frecuencia y que habría de ser perfilado con mayor precisión.

<sup>656</sup> En palabras tuyas, “esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano, no entraña una privación de libertad, ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de dichas diligencias policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen”. Providencia del TC, de 28 de enero de 1991.

Dicha Providencia se anticipó en el tiempo y mostró que, en cuanto a lo previsto en el artículo 20 LO 1/1992, sobre el requerimiento obligatorio a los ciudadanos a ser trasladados a dependencias policiales, con la finalidad de ser identificados, el TC declaró la plena constitucionalidad de este mandato, aunque se mostró acorde con consentir que se trataba de una situación que iba más allá de la mera inmovilización momentánea de la persona. El TC entendió que, todo aquello que demorase en el tiempo algo más que la mera inmovilización momentánea, constituiría una verdadera privación de libertad, y ése es, a nuestro juicio, uno de los aspectos esenciales de la resolución. STC 341/1993, de 18 de noviembre.



con traslado<sup>657</sup> como una figura autónoma y distinta de la detención -preventiva-.

Es por ello por lo que el TC destaca que en la retención -para lograr la identificación del sujeto-, han de respetarse aquellas garantías, sobre tal privación personal (duración e información), que se concretan en la exigencia de un plazo máximo y en la necesidad de proporcionar información al sujeto afectado sobre los motivos<sup>658</sup> de su retención. Sin embargo, prosigue el Alto Tribunal indicando que las otras dos garantías propias de la detención (posibilidad de guardar silencio y asistencia letrada)

---

<sup>657</sup> Sobre ello, continúa el TC subrayando que la medida de identificación en dependencias policiales, prevista en el artículo 20.2 LOPSC (derogada), supone "por las circunstancias de tiempo y lugar -desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible-, una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación y, por tanto, ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad".

Continúa señalando el TC, en el Fundamento Jurídico 4 de la misma sentencia, que "con toda evidencia, se trata de uno de "los casos" a que se refiere el artículo 17.1 C.E., cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de LO de este artículo 20.2 (Disposición final tercera de la LOPSC)".

<sup>658</sup> En la propia STC 341/1993, también se hacía referencia al hecho de que no se exigiera -en la LO 1/1992 (derogada)- que se informara al sujeto de los motivos de su retención, manifestando a este respecto que no cabe derivar de este silencio una permisión legal -que sería contraria a nuestra Carta Magna- del requerimiento, por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es, más bien, el íntegro contenido del artículo 20 LO 1/1992 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados.

Asimismo, el TC, también defiende que se trata de una garantía a cumplir ineludiblemente para poder entender que la diligencia es constitucional.

no son exigibles a estas retenciones porque “no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad”<sup>659</sup>.

Así pues, y en línea con lo manifestado por el TC, entendemos que el ciudadano retenido por los agentes de la autoridad, no tendría posibilidad alguna de ejercer su derecho de defensa ni, por supuesto, instar un procedimiento de *habeas corpus*, puesto que “técnicamente” no ha sido detenido, sino que ha sufrido una privación de su libertad personal –dirigida exclusivamente a la averiguación de su filiación-, es decir, una retención con traslado<sup>660</sup>.

Dicho lo cual nos surge la siguiente interrogante.

---

<sup>659</sup> En cuanto a la constitucionalidad de la retención con traslado, el TC afirmó en su Sentencia 341/1993 que el artículo 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de “toda” privación de libertad de origen policial, incluso de aquellas distintas a la detención preventiva.

<sup>660</sup> En este orden de cosas, es necesario recordar que estamos utilizando el término “retención” como sinónimo de privación de libertad personal para la identificación de un sujeto determinado, al que ha sido necesario trasladar a sede policial para poder consumarla. Recordemos que, en sentido amplio, el concepto de privación de libertad personal puede convertirse en un extenso concepto que puede acoger todo tipo supuestos en el que un sujeto no pueda disponer de su libertad ambulatoria.

#### **2.4.1.- ¿Son también aplicables a la retención con traslado las garantías establecidas en el artículo 17 CE?**

Como es sabido, nuestra Carta Magna establece que los derechos y garantías que dispone el artículo 17.2<sup>661</sup> y 3<sup>662</sup> CE corresponden a la persona afectada por una detención. Es por lo tanto indiscutible que el periodo de tiempo en cuestión, es considerado extensible a todos los casos de privación de libertad que, en tal condición, pueda implantar el legislador.

Según el TC, los privados de libertad personal que se encuentran en estas circunstancias disponen de las garantías previstas en el artículo 17.2 CE y de la primera de las recogidas en el apartado tercero, esto es; de la información de las razones por las que a una persona se la ha requerido

---

<sup>661</sup> Señala el Alto Tribunal, en cuanto al artículo 17.2 CE, que “la finalidad de identificación que justifica la medida que aquí enjuicamos no se acomoda enteramente, cierto es, a las concretas prevenciones así establecidas en la Constitución, pero es también patente que, este artículo 17.2, expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” (artículo 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el legislador. La remisión a la Ley presente en el último precepto constitucional citado, no implica que quede el legislador habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona”. STC 341/1993, Fundamento Jurídico 6º A).

<sup>662</sup> Y así hemos tenido ya ocasión de advertir que “las garantías exigidas por el artículo 17.3 CE, es decir: información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención; inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada, tienen su objetivo en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado -STC 107/1985, Fundamento Jurídico 3-”. En estos términos explícitos se manifiesta el TC en su destacada sentencia 341/1993, Fundamento Jurídico 6.

para identificarse y prohibiendo durante la retención la celebración de cualquier tipo de interrogatorio.

Como ya hemos visto, el TC se ocupó en la sentencia 341/1993 de las cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de distintos aspectos del artículo 20 LOPSC 1/92 (derogada). En consecuencia, y por lo visto hasta el momento, podrían plantearse algunas cuestiones a las que la jurisprudencia del TC ha dado respuesta y que han sido recogidas por la legislación posterior y sus modificaciones.

Así es, en efecto, la advertencia al afectado sobre su derecho a no declarar no tiene sentido cuando la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación. El TC señala, al respecto, que “no resulta inexcusable, (...) que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de abogado, garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido”<sup>663</sup>.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo visto y avanzado hasta el momento, podemos decir que la STC 341/1993 determinó que, la retención para la identificación, se encuentra incluida dentro de las potestades que tienen los miembros de las FCSE<sup>664</sup> para solicitarle a cualquier sujeto que

---

<sup>663</sup> STC 341/1993, Fundamento Jurídico 6º. C), y en similares términos, nos encontramos en la STC 196/1987, Fundamento Jurídico 2.

<sup>664</sup> Si bien es cierto que el TC en la sentencia 107/85, de 17 de octubre, consideró que toda persona que ha sido conducida a dependencias policiales para su identificación, no debe considerarse como retenida, sino como detenida, aunque no deba ser considerada como “detención preventiva”, por lo que no debe ser calificada como “detenida” en términos constitucionales<sup>664</sup>. No obstante, como ya hemos señalado en diferentes ocasiones, el TC modificó su doctrina a partir de la sentencia 341/1993, en

proceda a identificarse *in situ*, lo que significa, lógicamente, una restricción a su derecho a la libertad personal y ambulatoria, dicha injerencia en la libertad ha de ser lo más breve posible y, todo ello, como resultado del cumplimiento de su funciones para la protección de la seguridad pública. El TC no ha dudado o desplegado sospecha alguna sobre la constitucionalidad de dicho supuesto.

Dicho lo cual, entendemos que existe una pugna entre la obligación de impedir e investigar la comisión de los delitos –una de las funciones de las FCSE- y el derecho fundamental de todo sujeto a la libertad personal. Sin embargo, esta última no puede impedir una diligencia policial. No obstante, invirtiendo tal afirmación, ello no puede eliminar la posibilidad de proteger la libertad personal a través de la lucha contra la comisión de delitos, utilizando los medios legalmente establecidos para tal fin.

En este sentido, MARTÍN RÍOS<sup>665</sup> considera que el hecho de que determinadas garantías, que han de acompañar a toda privación de libertad personal, puedan entorpecer el desarrollo de una investigación policial, no puede servir de justificación para su disminución y/o supresión. Sobre ello, acertadamente advirtió QUERALT JIMENEZ<sup>666</sup> que el aseguramiento de las libertades no debe ser tan grande que se quede sin objeto, esto es, sin libertades que asegurar.

---

la que definitivamente establece de forma concluyente que, cualquier medida que implique una limitación o restricción sustancial del derecho a la libertad personal (dicha medida debe haber sido previamente establecida por ley) será considerada como una privación de libertad personal que será susceptible de que se le apliquen la garantías que establece el artículo 17 CE.

<sup>665</sup> MARTÍN RÍOS, P.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 103.

<sup>666</sup> QUERALT JIMENEZ, J. J.: Una buena pregunta: la retención, ¿para qué?, revista Justicia, Nº 3, Madrid, 1987, página 529.

En este sentido, consideramos que, siguiendo la postura de ambos autores, resulta obvio que la totalidad de las privaciones de libertad personal, por el propio hecho de tal pérdida, poseen unas garantías que las amparan. Sin embargo, como hemos dicho, éstas no deberían dificultar u obstruir -o, incluso paralizar- las diligencias de investigación efectuadas o previstas por las FCSE, siempre que éstas se encuentren amparadas en la ley, y su ejercicio respete el conjunto normativo.

Por tanto, en la LOPSC 4/2015 se vuelve a incidir en la distinción que ha de realizarse, entre la figura de la retención con traslado –para la identificación- y la detención, llegando a la conclusión de que las exigencias y formalidades que son predicables de ésta última, no son exigibles a la retención con traslado<sup>667</sup>.

Ahora bien, como ya avanzamos en su momento, aunque en la LOPSC 4/2015 se impone expresamente que el requerido a acompañar a los agentes de la autoridad sea informado de los motivos de dicha exigencia<sup>668</sup>, no se exige la asistencia letrada del sujeto<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> Es más, ya advertimos en páginas precedentes que el artículo 19 LOPSC 4/2015 dispone respecto de las diligencias sobre la identificación que hayan sido practicadas por los agentes de las FCSE, que su efectiva comprobación y posterior registro, no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

<sup>668</sup> Que era, a su vez, una de las reclamaciones de las que la STC 341/1993 hacía depender la constitucionalidad de tal diligencia.

<sup>669</sup> Por ello, la persona que sea requerida para trasladarse a dependencias policiales a los exclusivos efectos de proceder a su identificación, o lo que es lo mismo, siempre que dicha retención sea únicamente con la finalidad de conseguir datos personales y no se convierta, por tanto, en un auténtico interrogatorio, no podrá considerarse detenida y en consecuencia exigir en ese momento la asistencia de abogado de oficio, en funciones de asistencia letrada al detenido, en el marco que despliega el artículo 17 CE.

En otras palabras, ante la negativa o imposibilidad de identificación, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción administrativa, podrán requerir, a que les acompañen a las dependencias policiales a los solos efectos de su identificación, y por el tiempo estrictamente necesario, nunca superior a las seis horas.

Al respecto, el TC declaró que este artículo 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal<sup>670</sup> de que toda privación de libertad de origen policial, no implica que quede el legislador habilitado para proceder a otras privaciones de libertad de duración incierta<sup>671</sup>.

El punto 3 del artículo 16 LOPSC 4/2015 se ocupa, precisamente de la obligación de la inscripción de las identificaciones en el libro-registro<sup>672</sup>,

---

<sup>670</sup> Por lo que, en relación con la garantía temporal, el TC entendió aplicable la caución prevista de forma expresa en el artículo 17.2 CE, para la detención preventiva, por tanto, si este plazo se incumple el privado de libertad tendrá, evidentemente, derecho a solicitar el procedimiento de *habeas corpus*.

<sup>671</sup> STC 341/1993, Fundamento Jurídico 6, “la finalidad de identificación que justifica la medida que aquí enjuicamos no se acomoda enteramente, cierto es, a las concretas prevenciones así establecidas en la Constitución, pero es también patente que este artículo 17.2 expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” (artículo 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el legislador. La remisión a la Ley presente en el último precepto constitucional citado, no implica que quede el legislador habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona”.

<sup>672</sup> Como apuntábamos anteriormente, a estos efectos, en las comisarías o dependencias equivalentes, existirá un libro-registro exclusivo. No será preciso advertir al requerido de su derecho a no declarar o a guardar silencio, ello como resultado de que no será posible que pueda producirse dicha declaración en caso alguno, y lógicamente tampoco será necesaria presencia de asistencia letrada porque no habrá interrogatorio que vaya a producirse. En caso contrario, tal retención se estaría convirtiendo en detención.

en el que habrán de constar los datos de las personas conducidas a las dependencias policiales, para su exclusiva identificación, practicándose anotaciones concernientes a la seguridad ciudadana. Es decir, se reflejarán en él las actividades de identificación efectuadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y solo podrán ser comunicados sus datos a la Autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal.

Con una periodicidad mensual, el órgano competente de la Administración remitirá al Ministerio Fiscal el extracto de las diligencias de identificación, con expresión del tiempo utilizado en cada una de ellas<sup>673</sup>. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años. La mención a la cancelación de los asientos constituye una novedad respecto al texto anterior, que no la contemplaba.

En el punto 4, se establece el deber de expedir a las personas desplazadas a dependencias policiales, a efectos de identificación, un volante probatorio del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes<sup>674</sup>.

Dicho lo anterior, y en este orden de cosas, veremos seguidamente la invitación realizada por agentes de la autoridad a acompañar a sede policial para esclarecer hechos que podrían ser susceptibles de constituir delito o infracción.

---

<sup>673</sup> La LOPSC 1/92 ya derogada, solo reseñaba que esa remisión se haría “periódicamente”, sin concretar cuáles serían esos tiempos.

<sup>674</sup> Desde el primer momento se le expedirá un documento justificativo con la duración de la actuación, la identificación profesional de los agentes y el motivo de la intervención. STC 341/93, Fundamento Jurídico 6, B).



## **2.5.- La “invitación” a trasladarle a sede policial para el esclarecimiento de hechos**

Este supuesto constituye uno de los casos más controvertidos sobre la restricción de la libertad personal. No solo es realmente difícil escindirlo del traslado a dependencias policiales para la identificación, sino que incluso la terminología a utilizar es muy susceptible de debate.

No constituye una detención, tampoco podría asimilarse a una restricción de libertad, ni a una injerencia, puesto que, como veremos, el TC entiende que no son posibles tales calificaciones cuando se ha prestado el consentimiento, e incluso va más allá y considera que existe un deber de colaboración para el sujeto “invitado”. Sin embargo y en base a lo anterior, por nuestra parte, este supuesto de “invitación” lo trataremos por separado respecto del “traslado” para la identificación.

Por lo que nos ocuparemos seguidamente de la “invitación efectuada por los agentes de la autoridad a acompañar a comisaría para esclarecer hechos” y los distintos aspectos de la aceptación o negativa de ésta. Supuesto absolutamente distinto del sujeto que *motu proprio* decide colaborar, declarar o acompañar a comisaría, poco podemos decir sobre esa decisión libremente adoptada por una persona.

Comenzaremos señalando que la invitación a acompañar a la comisaría, constituye un acto que tiene relación directa con la posible detención ilegal del artículo 530 CP. La invitación se produce por indicios o sospechas que no tienen fuerza suficiente (es decir, no existe una previa “causa por delito”), dado que, de lo contrario, podría procederse a su detención en cumplimiento del artículo 492.4 LECR. A su vez, tal actuación, es realizada bajo el amparo jurídico del artículo 4.1 LOFCSE “todos tienen el deber de prestar a las FCSE el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente”.

La invitación y posterior desplazamiento voluntario del sujeto, le pone en una situación en la que existe la posibilidad real y factible de que, bajo el supuesto “deber de colaboración” y a preguntas de los agentes, podría aportar información que se convierta en auto inculpatória<sup>675</sup>. Recordemos que, al no tratarse de una detención preventiva formal, no se le han “leído” –informado- los derechos que le asisten, entre los que se encuentran, el derecho a no declarar, a guardar silencio, etc. En suma, y bajo nuestro criterio, es una evidencia que el sospechoso “invitado” está en una posición jurídica en la que posee menos derechos y garantías que el propio detenido.

Sin embargo, sorprendentemente, el TS trata de eludir la calificación de tal actuación como detención ilegal del artículo 530 CP, con una justificación que desglosamos en los siguientes puntos: en primer lugar, alega la voluntariedad de tal acompañamiento, dando carta de validez al consentimiento que el sujeto prestó; en segundo lugar, indicando la obligación de colaborar que dispone el artículo 4 LOFCSE; en tercer lugar, distinguiendo entre la “invitación” y el “requerimiento” –ésta última por sospecha lógica y fundada de un hecho delictivo-<sup>676</sup> entendido como una orden (formal) y con el apercibimiento de que, en caso de oposición a ello, será conducido por la fuerza con el *status* jurídico de detenido preventivamente. Concluye el TS que con la “invitación” no se pretende configurar un espacio “gris” entre la voluntad propia y el requerimiento. Sin

---

<sup>675</sup> Sin embargo, como es sabido, tal información no podría ser utilizada a efectos probatorios.

<sup>676</sup> La sentencia del TS de 21 de julio de 2001, realizó un desarrollo de la figura jurídica del “requerimiento” en el caso de unas diligencias de investigación documentada en un delito de daños, se conminó al responsable a trasladarse a la comisaría de policía a los efectos de prestar declaración. Señalando la sentencia que “ante la actitud reticente de acompañar (...) se le comunica que está detenido y se le informa de los derechos del artículo 520 CP”.

embargo, desde nuestro punto de vista, es precisamente lo que se consigue.

A nuestro juicio, es preferible ser detenido y estar asesorado por abogado defensor que acompañar bajo esa figura, mezcla de invitación y pseudo-requerimiento<sup>677</sup>- que puede provocar que la víctima se vea en sede policial contestando a un interrogatorio –renunciando, en principio, al derecho a no declarar, o a guardar silencio-<sup>678</sup> en el que se encontrará con cierta predisposición a responder<sup>679</sup> -se supone que se traslada para ello- al sentirse atezado por el supuesto deber de colaboración.

Abordaremos a continuación la validez del consentimiento prestado, y si al invitado a sede policial le afecta realmente tal deber de colaboración.

Veamos primeramente si existe realmente una elección libre en esa decisión presuntamente voluntaria, Al respecto, entendemos que resulta una obviedad afirmar que no puede haber libre elección cuando no hay posibilidad de escoger entre varias opciones. Dudamos seriamente que al “invitado” se le ofrezcan dos posibilidades; opción A, acompañar voluntariamente a la comisaría para colaborar activamente con los agentes y, de ese modo, aclarar los hechos; opción B, negarse a ello sin necesidad de justificación alguna y marcharse del lugar, libremente y sin consecuencias de tipo alguno.

---

<sup>677</sup> Con esta unión de palabras, una licencia que nos permitimos, y que resulta más cercana a la realidad.

<sup>678</sup> Aunque, lógicamente, siempre le quedaría esa última opción personal. Aunque sería contradictorio acompañar para colaborar en el esclarecimiento de un hecho y una vez en comisaría guardar silencio.

<sup>679</sup> Se supone que para eso ha sido invitado, y para ello ha ido voluntariamente a las dependencias policiales.

Por ello, generalmente, la “única” opción ofrecida es acompañar a los agentes a comisaría, dado que de lo contrario –en ese instante, es donde los agentes advierten, seria y contundentemente- se podría estar ocultando “algo” ignorando las indicaciones de un agente de la autoridad, a lo que habría de sumar la posibilidad de estar cometiendo un presunto incumplimiento del deber de colaboración o, lo que es aún más grave en opinión del TS<sup>680</sup>, no prestar a las FCSE tal colaboración entraña “negar la función, ahora de contenido constitucional, que a todas ellas, encomienda el artículo 104<sup>681</sup> de nuestra Carta Magna”.

Indudablemente, es una postura que no compartimos en los casos en que el obligado puede tener algún tipo de vinculación con la posición jurídica de sujeto activo -autor, coautor, partícipe, etc.- del ilícito penal, puesto que, en tal caso, como sospechoso habría de ser requerido, no invitado.

Afortunadamente, el TC declaró que “una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte”<sup>682</sup>. En esta línea, compartimos la postura de JAREÑO LEAL cuando señala que “la invitación no constituye una figura neutra, considerando que tal proceder se aproxima mucho a una detención ilegal”<sup>683</sup>. Desde nuestro punto de vista,

---

<sup>680</sup> Sentencia del TS de 21 de julio de 2001.

<sup>681</sup> Artículo 104 CE, “1. las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad”.

<sup>682</sup> STC 341/1993, Fundamento Jurídico 4.

<sup>683</sup> Y añade que “no pueden utilizarse como argumentos para justificar la invitación las mismas razones que fundamentan la figura de la detención, que son asegurar la presencia del detenido ante el juez y evitar que se obstaculice la investigación; ni puede atribuirse a la invitación la función cautelar que tiene la detención, pues al tratarse de casos en que no existen motivos suficientes para practicar dicha detención tales argumentos carecen de razón de ser”. JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal

no es posible negar el carácter de detención y, al mismo tiempo, justificar la invitación con idénticos razonamientos que se utilizan para respaldar legalmente la detención.

Por lo tanto, entendemos que no hay una verdadera voluntariedad en muchos de los casos en que el sujeto acompaña a los agentes a comisaría. Existirá un elevado número de ellos en los que el ciudadano se dejará llevar por la situación, preocupándose por las posibles consecuencias de su negativa. Nos encontramos con frecuencia ante un consentimiento posiblemente viciado con los efectos jurídicos que de ello se deriva.

Es decir, no existe un verdadero consentimiento libremente prestado, sino una tácita imposición -probablemente en su mínima expresión- que entendemos aconsejaría asistencia legal cuando exista alguna posibilidad de encontrarse involucrado en un ilícito penal.

Dicho lo cual, nos detenemos ahora en la obligatoriedad de colaboración que tiene el “invitado” a comisaría.

Por un lado, como decíamos, nos encontramos ante el deber de cooperación con las FCSE y, por otro, tenemos el derecho a negarnos a acompañar a los agentes a sede policial. Partamos del supuesto de que, en muchas ocasiones, el sujeto invitado desconoce que puede negarse a ir y que tampoco se le informa claramente de dicha posibilidad. Al mismo tiempo también le surgen dudas sobre las consecuencias de negarse a ello. Como advertíamos antes, se plantea la posibilidad de que la negativa de la persona invitada podría dar lugar al delito de desobediencia.

---

cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación, Revistas@iutel.com, Revista General de Derecho Penal 27, Universidad de Valencia, Valencia, 2017, página 14.

En palabras de JAREÑO LEAL, “existe una confrontación entre el deber impuesto por el artículo 4.1 LOFCS y la vulneración del artículo 24 CE, colisión en la que, sin duda, y a nuestro parecer, ha de prevalecer el precepto constitucional”<sup>684</sup>. Postura que, sin duda alguna, compartimos.

De todo lo anterior, consideramos que se desprenden dos claras conclusiones: en primer lugar, como indicábamos antes, la “invitación” representa en realidad la posibilidad de un interrogatorio -sin abogado, y con una más que probable declaración del sujeto a preguntas de los investigadores y con una posible e involuntaria autoinculpación- con todo lo que ello implica; en segundo lugar, el artículo 4.1 LOFCS obliga a cualquier ciudadano. Sin embargo, no habría de conminar a quien resulta –aunque sea mínimamente- sospechoso en algún grado. Es decir, tal precepto compele o se impone a toda persona, excepto a aquella que, aunque sea en una mínima expresión, fuese o resultase ser sospechosa de algún tipo de infracción penal.

En su momento, ya aludimos a que la detención de un sujeto implicado en “causa por delito” -supuesto del artículo 492.4 LECR-, solo se permite cuando existan sospechas racionales o indicios suficientes sobre dicha persona. Por lo tanto, en sentido contrario, diremos que la falta de tales indicios y sospechas impide el requerimiento a acompañar a los agentes a dependencias oficiales, por lo que la “invitación” se sitúa en un terreno brumoso en el que los límites son ciertamente difíciles de definir.

Y, en cuanto a las actuaciones en conexión con otras personas, señalaremos que, por su parte, el artículo 530 CP requiere que la causa por delito sea, expresamente, contra el sujeto detenido ilegalmente, de lo

---

<sup>684</sup> JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios, op. cit., página 15.

contrario habrá que ir al tipo del artículo 167.1 CP. En este mismo sentido se expresa CLIMENT DURÁN<sup>685</sup>, y en idéntica postura se ha manifestado el TS, señalando que “debiendo dirigirse a la figura del 167.1 CP, la detención que se efectúa en el contexto de un investigación por delito pero recae sobre persona que no es objeto de ella”<sup>686</sup>, criterio al que nos sumamos, puesto que de lo contrario se confundirían ambos preceptos, entrando en una aplicación arbitraria de ellos.

Hasta ahora, nos hemos centrado en las actuaciones de los agentes en acto de servicio, pero consideremos a continuación la detención ilegal cometida por agentes fuera de servicio o previamente no identificados como tales.

Uno de los casos que se produce con cierta frecuencia, es la agresión a un sujeto desconociendo previamente su condición de agente de la autoridad, en este supuesto -en un alto porcentaje como consecuencia de discusiones de tráfico-, el TS considera que el dato básico y clave es determinar con certeza si los agentes procedieron a su identificación antes o después de los hechos que podrían configurar la comisión del delito de atentado que legitimase la detención posterior<sup>687</sup>.

Por lo que respecta a agentes que no se encuentran en el ejercicio de la potestad que le otorga su condición de agente de la autoridad, según

---

<sup>685</sup> “el que el procedimiento criminal ya esté iniciado contra otros es indiferente a los efectos de la persona indebidamente detenida. Así, si en el seno de una causa criminal ya existente, por estar dirigida contra otras personas, se considera erróneamente por la policía que una persona hasta entonces no imputada tiene responsabilidad en la misma y se procede a su indebida detención, será aplicable el artículo 167 CP, toda vez que contra ella no mediaba causa por delito. CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales... op. cit., páginas 84 y 85.

<sup>686</sup> STS, de 22 de marzo de 2010.

<sup>687</sup> STS de 4 de diciembre de 2009.

el TS<sup>688</sup>, serán considerados como ciudadanos particulares a los efectos de la detención ilegal. Sin embargo, el propio TS -en la misma sentencia- considera que existe una detención ilegal del artículo 167.1 CP, aplicación e interpretación que, a nuestro entender, resulta contradictoria y que probablemente busca una consecuencia penológica más indulgente para los acusados.

No es consecuente el TS cuando considera que el agente de la autoridad fuera de servicio ha de ser considerado como un particular y, al mismo tiempo declara que ha cometido una detención ilegal del artículo 167.1 CP. Sin duda alguna, esta resolución, entre otras, es una de las razones por la que nos planteamos este trabajo de investigación.

Por último, vamos a analizar el supuesto en que la duración de la detención va más allá de lo estrictamente necesario. Representa éste un caso de los más habituales, conflictivos y de más difícil verificación de los supuestos en que una detención, en principio legal, deviene en ilegal<sup>689</sup> por la prolongación innecesaria y arbitraria de la detención.

---

<sup>688</sup> STS de 3 de noviembre de 2006, en la que los agentes de paisano entraron a consumir bebidas en un local de ocio.

<sup>689</sup> En su sentencia 224/1998, de 24 de noviembre, el TC advierte que el plazo de las setenta y dos horas actúa como un límite máximo que en absoluto es necesario agotar, por lo que señala que “puedan calificarse como privaciones de “libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente. A tal efecto, habrán de tenerse en cuenta (...). las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento de afectado por la medida”.



Como ya hemos apuntado en más de una ocasión, desde el instante en que las diligencias de investigación concluyan y no exista otra causa que posibilite la detención preventiva, por imposición del artículo 17 CE, habrá de poner en libertad o proceder a poner a disposición de la autoridad judicial, en su caso.

Sobre la conclusión de las diligencias, resulta muy oportuna la opinión de CLIMENT DURÁNT, quien apunta que entre los motivos susceptibles de posibilitar legalmente la prolongación de la detención, están “la autoría no indubitada, la realización de comprobaciones complementarias, que el detenido no adopte una actitud de colaboración, que no preste declaración, no suministre datos para la investigación o se niegue a firmar el atestado”<sup>690</sup>.

Por nuestra parte compartimos dicha postura, puesto que se trata de un aspecto de la detención absolutamente casuístico y tales motivos son juiciosos en la esfera del desarrollo práctico de la detención. En tales situaciones el análisis de los supuestos habrá de ser extraordinariamente transparente y ser respaldado con datos objetivos que justifiquen con claridad la necesidad de prolongación de la detención preventiva hasta el agostamiento de las setenta y dos horas.

No podemos dejar de mencionar la importancia que la figura del agente instructor juega en este supuesto concreto de la identificación con traslado, dado que si no hay connivencia entre el agente que efectúa la detención y el agente instructor, será éste último el autor de la prolongación indebida y, por tanto, también será sujeto activo del tipo penal del artículo 530 CP.

---

<sup>690</sup> CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 219.

Sin embargo, nos encontramos un supuesto distinto cuando hablamos de la conducción a dependencias oficiales para el control de alcoholemia, donde realmente existe una obligatoriedad de acompañamiento. Supuesto del que pasamos a ocuparnos

## **2.6.- Control de alcoholemia con traslado a dependencias oficiales.**

Como es sabido, la conducción de automóviles bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o productos que causen efectos similares, es una infracción administrativa de carácter muy grave, que también se puede convertir en delictiva. No obstante, incidiremos mayormente en la ingestión de bebidas alcohólicas realizadas para detectar tasas superiores a las permitidas, siendo la situación más habitual, porcentualmente hablando y en comparación con el resto de los supuestos -drogas-, aunque éstos últimos se están incrementado significativamente. Si bien, las conclusiones que podamos extraer serán extrapolables a los casos en los que el sujeto se vea involucrado en pruebas y controles similares.

Dicho lo anterior, resulta necesario que los conductores de vehículos deban pasar las pruebas correspondientes para su detección en el organismo.

La prueba de alcoholemia será realizada por las FCSE –sin perjuicio de su traslado a centro sanitario para la toma de muestras-, no obstante, lo más habitual será que las efectúen los agentes encargados de la vigilancia del tráfico<sup>691</sup>, dicho proceder policial se encuentra reglado en las normas

---

<sup>691</sup> Por lo tanto, los agentes de la autoridad estarán facultados legalmente para llevar a cabo los controles de alcoholemia, cuando estén realizando controles preventivos o

sobre bebidas alcohólicas del Reglamento General de Circulación (RGC) 1428/2003<sup>692</sup>. En sus artículos 20 al 26 se disponen los procedimientos que deben seguir los agentes intervinientes cuando consideren que una persona ha podido consumir sustancias peligrosas. Es en el citado Reglamento, en el que se encuentran los baremos de las tasas de alcohol en sangre, y los sujetos sobre quienes pueden practicarse dichas pruebas.

La LTCVMSV 6/2015<sup>693</sup> establece en su artículo 14<sup>694</sup> el procedimiento de las pruebas pertinentes para detectar sustancias psicotrópicas, estupefacientes u otras análogas que pudieran encontrarse

---

consideren que el conductor se encuentre conculcado en un ilícito penal contra la seguridad del tráfico, artículo 379 CP.

<sup>692</sup> Reglamento General de Circulación 1428/2003, de 21 de noviembre, en adelante RGC, para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, el cual fue modificado el 18 de julio de 2015.

<sup>693</sup> Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

<sup>694</sup> El artículo 14 LTCVMSV, dispone que “el conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley. 3. Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente. No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados. 4. El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente”.

en un sujeto que esté conduciendo un vehículo o simplemente sea usuario de la vía pública y se encuentre involucrado en un accidente de circulación.

Como consecuencia de lo anterior, el RGC procede al correspondiente desarrollo de las pruebas admitidas con anterioridad y las dispone en el artículo 27.1, decretando que no podrán circular por las vías<sup>695</sup> los conductores de vehículos o bicicletas que hayan ingerido o incorporado a su organismo: psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas. El artículo 28 dispone, a su vez, la conducta que han de seguir los agentes de la autoridad, cuando entiendan que un sujeto ha consumido sustancias peligrosas.

Por su parte el artículo 28.1.c) establece que la autoridad, encargada de la vigilancia del tráfico, que advierta síntomas evidentes o manifestaciones que, razonablemente, denoten la presencia de cualquiera de las sustancias aludidas en el organismo de las personas a que se refiere el artículo 27 RGC, se ajustará a lo establecido en la LECR, y a cuanto ordene, en su caso, la autoridad judicial, debiendo ajustar su actuación, en cuanto sea posible, a lo dispuesto en el reglamento sobre las pruebas para la detección alcohólica.

La citada conducta reside en la conducción del sospechoso al centro médico más cercano, para que le realicen las pruebas oportunas que permitan comprobar cuál es el estado físico en que se encuentra, y si está o no, en situación de circular sin significar un peligro para la seguridad del tráfico.

La situación más habitual será que la realización de los análisis de la alcoholemia se ejecute en el mismo lugar en el que se procede a la

---

<sup>695</sup> Objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

inmovilización del vehículo, siendo ello posible por la facilidad y sencillez de funcionamiento y traslado de los utensilios necesarios para la comprobación del alcohol que se hubiese consumido.

En cambio, para la comprobación de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras análogas, se requiere un método de análisis más complicado, fundamentado principalmente en las extracciones de sangre y el análisis de orina, las cuales conviene ser realizadas inevitablemente en centros especializados. Por ello, para descubrir en una persona, la existencia de dichas sustancias, no es suficiente con una mínima limitación en su libertad personal, sino que se hace necesario privarle de ella, ya que se le conduce a un lugar distinto de aquel en el que se le detuvo con la finalidad de comprobar su verdadero estado de salud.

Sin embargo, lentamente se están implementando y generalizando diversos tipos de pruebas salivales que se pueden realizar *in situ*, y que no requieren de dicho desplazamiento, con lo que en la práctica se equipararían a las pruebas que se realizan en los controles de alcoholemia.

Al respecto de los test salivales es necesario destacar que tienen carácter indiciario y que en caso positivo precisan de la realización de pruebas de sangre u orina, que han de realizarse en laboratorios y que suponen una intervención corporal coactiva, ante la que se opone ASENSIO MELLADO<sup>696</sup>, considerándola como una intromisión en su derecho a no declarar contra sí mismo. En sentido contrario se posiciona GIMENO SENDRA<sup>697</sup>, quien se muestra a favor de su previsión legal para la obtención de la muestra.

---

<sup>696</sup> ASENSIO MELLADO, J. M.: Prueba prohibida y preconstituida, editorial Trivium, Madrid, 1989, página 151.

<sup>697</sup> GIMENO SENDRA.: Derecho Procesal Penal, editorial Colex, Madrid, 2007, página 377.

Es decir, el requerimiento establecido en el artículo 28 RGC, es una privación de libertad personal que debe ser acordada por los agentes de la autoridad, con el correspondiente y estricto cumplimiento de las exigencias legales.

Si la medida se lleva a cabo observando las condiciones impuestas por el RGC, el efecto principal que se produce es la pérdida de la libertad personal del afectado que durará el tiempo imprescindible para la realización de las pruebas. Lógicamente, las consecuencias posteriores dependerán del resultado de dichos análisis.

Llegados a este punto, estima BANACLOCHE PALAO que “si el resultado es positivo y confirman la ingestión de sustancias peligrosas, el agente podrá transformar la privación de libertad personal para practicar la prueba médica, en otra de carácter preventivo, siempre que estime que se ha cometido un hecho delictivo y estemos ante uno de los casos que autorizan tal detención”<sup>698</sup>. En nuestra opinión, dicha intervención de los agentes constituye una actuación debida y la detención preventiva es una exigencia de la ley ante los indicios -evidencias en este caso- de la comisión de un tipo penal, dependiendo de la tasa o niveles detectados<sup>699</sup>.

En el supuesto de que se decrete la nueva medida, es necesario que se tenga en cuenta el tiempo ya transcurrido, desde que se produjo la detención originaria a tenor de lo dispuesto por el artículo 17.2 CE. Por consiguiente, aunque no haya delito alguno, el detenido siempre comete una infracción grave, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 28.2 RGC, sobre las infracciones relativas a la conducción bajo los efectos de

---

<sup>698</sup> BANACLOCHE PALAO, J.: La libertad personal...op. cit., página 438.

<sup>699</sup> En atención a la distinta penalidad de los delitos o delitos leves o infracciones administrativas.

estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como la infracción de la obligación de someterse a las pruebas para su detección.

Por el contrario, si las pruebas y análisis realizados, manifiestan unos resultado dentro de los límites legales y un estado físico normal, el sujeto detenido habrá de ser puesto inmediatamente en libertad y podrá tener derecho, según las circunstancias de cada caso, a una indemnización<sup>700</sup>.

En cambio, si nos encontramos ante un sujeto que se niega a realizar dichas pruebas, estaremos ante la comisión del tipo penal de desobediencia<sup>701</sup> establecido en el artículo 383 CP, en el que se dispone que el conductor requerido por un agente de la autoridad que se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años<sup>702</sup>.

---

<sup>700</sup> Ello a tenor de lo regulado en el artículo 5.5 CEDH, el cual dispone que, toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

<sup>701</sup> Como es sabido, en ese momento la Orden Ministerial del 29 de julio de 1981 sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas, posibilitó la retención de la persona afectada, en un lugar adecuado hasta que pasasen los efectos de la intoxicación alcohólica, y disponía que la negativa a someterse al control de alcoholemia es una infracción muy grave, permitiendo a la autoridad policial a trasladar al obligado ante el Juzgado correspondiente.

<sup>702</sup> Respecto al delito de desobediencia del artículo 383 CP -configurado como una norma penal en blanco que se remite a normativas administrativas referentes a las pruebas de tasas de alcoholemia, artículo 14 LTCVMSV 6/2015- es importante destacar la STS, de fecha 28 de marzo de 2017, en la que recuerda la obligatoriedad,

Llegados a este punto, creemos interesante exponer el supuesto en el que sujeto que ha realizado la primera prueba de alcoholemia, expresase su negativa a efectuar la segunda prueba. Ello sin ánimo de retorcer los supuestos, o apartarnos de nuestro objetivo, hallamos oportuno destacar que en los test de alcoholemia se realizan dos pruebas<sup>703</sup> -con intervalo de

---

de los conductores de un vehículos, a someterse a las pruebas de detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedarán obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en la ley.

Por lo tanto, recuerda el TS que el artículo 23 RGC 1428/2003 dispone “si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente. 2 De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos”.

En otras palabras y sintetizando, más que dos pruebas sucesivas, se trata de una única prueba que, para una plena fiabilidad, necesita de dos mediciones con un intervalo de tiempo. En palabras del TS ello constituye “exigencia del proceso y no solo, o únicamente, garantía del imputado”, puesto que de lo contrario estaríamos ante una prueba incompleta reglamentariamente.

Por último, tras la STS, de 28 de marzo de 2017, el TS ha examinado este delito de desobediencia en sentencias posteriores y ha insistido en los argumentos expuestos anteriormente, sentencia de fecha 29 de junio de 2017 y sentencia de fecha 11 de julio de 2017.

<sup>703</sup> El artículo 23 RGC establece: "1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre



tiempo de 10 minutos entre ambas-, por lo que todo sujeto que hubiese realizado la primera y diese positivo superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre (según los casos), se encontraría obligado a realizar el segundo test. En este sentido el TS ha declarado en su sentencia de 28 de marzo de 2017 que ambas pruebas constituyen un solo acto, la negativa al test de alcoholemia no distingue entre dos pruebas distintas o sucesivas - una primera y 10 minutos después una segunda-, sino que se trata de una única prueba que precisa de dos mediciones con un intervalo temporal. Sin la segunda, el control de alcoholemia estaría incompleto<sup>704</sup>.

Al respecto, como ya hemos visto, el TS recuerda que la negativa a someterse a esa segunda medición, constituirá la comisión de la conducta de desobediencia del artículo 383 CP que causará una detención preventiva como consecuencia de la comisión de dicho tipo penal<sup>705</sup>.

Sin embargo, también hay autores que se muestran críticos con la normativa que se ocupa de estos supuestos. Entre ellos se ubica CANOSA

---

o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente. 2 De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos”.

<sup>704</sup> Se trata de una prueba realizada en dos momentos sucesivos, en aras de una fiabilidad plena. En consecuencia, la negativa a someterse a esa segunda medición - que forma parte de una prueba “íntegra e indivisible” (en palabras de la STS de 28 de marzo de 2017) constituirá la conducta de desobediencia establecida en el artículo 383 CP.

<sup>705</sup> Sentencia del Pleno del TS, de 28 de marzo de 2017.

USERA para quién “la obligación a someterse a las pruebas de orina u otros procedimientos análogos, constituyen medidas restrictivas de derechos que resultan parcas, agregando que las remisiones al RGC dejan un amplio margen a la potestad reglamentaria, al punto de parecer discutible tal amplitud a la hora de enjuiciar si las medidas respetan la exigencia de previsión legal”<sup>706</sup>.

En relación con la postura mantenida por el anterior autor, la doctrina del TC sostiene que el someterse al control de alcoholemia constituye un deber, y no puede interpretarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia<sup>707</sup>, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 CE<sup>708</sup>.

En relación con lo anterior, añadiremos que la realización práctica de una prueba de alcoholemia en dependencias policiales, y la posibilidad de que ello pueda ser calificado como una privación de libertad personal a

---

<sup>706</sup> CANOSA USERA, R.: El Derecho a la Integridad Personal, editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, página 266.

<sup>707</sup> Criterio que estableció en la STC 103/1985, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 3, que ha mantenido, entre otras, en la STC 2532/1994, de 19 de septiembre de 1994.

<sup>708</sup> A lo anterior y respecto del delito de desobediencia, es necesario añadir que el TC ya había establecido que no había de ser entendida como contraria a la CE el establecimiento de una prueba dirigida a comprobar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos a motor, y declarando que no vulnera el artículo 15 CE dado que “ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el artículo 15, al menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire espirado” -STC 103/85 de 4 de octubre-, ni a la libertad personal del artículo 17.1 CE -SSTC 107/85 y 22/88- ni a al derecho a no declarar del artículo 17.3 CE, puesto que “no se obliga al sujeto a emitir una declaración....sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia” -SSTC 103/85 y 107/85-.

los efectos del artículo 17 CE, es algo que el TC ya se cuestionó en su momento, resolviendo que, para tal análisis, se ha de partir desde la consideración de que los derechos del artículo 17 CE, corresponden al detenido, es decir, quien ha sido privado de su libertad personal por razón de la presunta comisión de un ilícito penal, para su posterior puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas. Por lo que declaró que, “no es esta situación, sin embargo, la de quien conduciendo un vehículo a motor, es requerido, policialmente, para la verificación de una prueba orientadora de alcoholemia, porque el que ha sido requerido, no queda por ello detenido, en el sentido constitucional del concepto”<sup>709</sup>.

Por lo tanto, el TC en un principio, con su sentencia 107/1985, negó categóricamente que “el sujeto requerido para realizar la prueba de alcoholemia, deba ser considerado como un detenido, en el sentido constitucional del término, ni que la realización de la prueba (análisis) pueda ser interpretada como una posible declaración auto-incriminatoria del conminado. Añadiendo que, la realización de esta prueba, así como la comprobación, de otro modo, por agentes del orden público, de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 CE, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico”<sup>710</sup>.

---

<sup>709</sup> STC 107/1985, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 3. Citando el TC, literalmente, “... la verificación de la prueba que se considera (alcoholemia) supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía; sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (artículo 1, in fine, de la Orden, de 29 de julio de 1981)”.

<sup>710</sup> Idem, Fundamento Jurídico 3.

Sin embargo, como ya hemos señalado en otras ocasiones a lo largo de nuestro trabajo, hubo un giro en la doctrina del TC a raíz de la sentencia 98/1986, en la que precisó que, “con respecto a lo manifestado por el Tribunal *a quo*, (...) esta afirmación es, en sí misma considerada, discutible, pues como acabamos de decir debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto-determinar, 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 que es 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”<sup>711</sup>.

Por su parte CASAL HERNANDEZ en relación con lo anterior, afirma que la STC 98/1986 es contraria con lo que había manifestado antes el propio Alto Tribunal<sup>712</sup>, y en ella sostiene que “la existencia de una privación de libertad depende, no del fin para el cual el retenido debía estar en las dependencias policiales, sino de la efectiva limitación de la libertad física”<sup>713</sup>.

No obstante, y teniendo en cuenta, de nuevo, la sentencia 22/1988, el TC confirma la doctrina defendida en la sentencia 107/1985, y apuntala definitivamente la anterior postura. Destacando que “el sometimiento de los conductores de los vehículos, a las normas del Código de la Circulación, y a los agentes y autoridades encargadas de su cumplimiento, no guarda relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el artículo 17 de la CE”<sup>714</sup>.

---

<sup>711</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 4.

<sup>712</sup> En las SSTC: 103/1985 y 107/1985.

<sup>713</sup> CASAL HERNANDEZ, J. M.: El derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación... op. cit., página 251.

<sup>714</sup> STC 22/1988, de 18 de febrero, Fundamento Jurídico 1.

Es decir, tras estas oscilaciones de la jurisprudencia del TC, deducimos que, para la realización de la prueba de alcoholemia y la comprobación de la identidad y estado físico de los conductores, no se exige el cumplimiento de las garantías dispuestas en el artículo 17.3 CE. Únicamente será como fruto del resultado positivo, del análisis pericial efectuado, cuando se podrá considerar como detención preventiva. En este caso, nos encontraremos ante la posible comisión de un delito y, en consecuencia, el conductor pasará a tener la condición legal de detenido, concurriendo, por tanto, las garantías establecidas en el artículo 17 CE, además de la posible solicitud del procedimiento de *habeas corpus*.

En esta línea se posiciona el TC, cuando declara que no es posible equiparar la privación de libertad personal a que se refiere el artículo 17 CE en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia, en este caso la prueba de alcoholemia, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto<sup>715</sup>.

En contra de esta postura del Alto Tribunal, se sitúa GARCÍA MORILLO, sosteniendo que en relación a la conducción de personas a las dependencias policiales para el sometimiento a la prueba de alcoholemia, aunque el TC se obstine en negar lo evidente, es un caso típico de privación de libertad personal, aun cuando sea de menor grado o intensidad<sup>716</sup>.

En último término, podemos afirmar que existe una diferencia sustancial entre dos supuestos bien distintos, por un lado, la restricción de la libertad ambulatoria en la realización de las pruebas de detección de consumo de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y por otro, la privación de libertad personal que implica la

---

<sup>715</sup> STC 22/1988, de 18 de febrero, Fundamento Jurídico 1.

<sup>716</sup> GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad...op. cit., página 212

detención preventiva entendida en términos constitucionales del artículo 17 CE. No siendo equiparables las personaciones en dependencias policiales –por indicios o sospechas sobradamente justificadas objetivamente- para la práctica de dichas pruebas y análisis clínicos con las detenciones preventivas propiamente dichas, realizadas por las FCSE. Detención que podrá llevarse a cabo en el supuesto de que el resultado de dichas pruebas, fuese positivo.

### **3.- Supuestos especiales**

#### **3.1.- La detención en alta mar**

Comenzaremos por el propio concepto de alta mar<sup>717</sup>, se trata de la franja marítima que se extiende desde el límite exterior hasta una distancia de doscientas millas marinas -mar territorial-, aquel que se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas -veintidós kilómetros-, -aguas interiores de un Estado- o las aguas de los archipiélagos.

El crecimiento de los casos de piratería marítima, y el aumento de la utilización de grandes buques y embarcaciones para el tráfico de drogas, de seres humanos o la inmigración ilegal, entre otras, han mostrado la necesidad de prestar atención a la normativa de algunas categorías jurídicas afectadas. En este orden de cosas, los Estados han de tener presente, el respeto y la preservación de las garantías, los derechos fundamentales y la dignidad humana de los sujetos detenidos en caso de abordaje, para que éstos se vean afectados lo menos posible teniendo en cuenta la especial situación en la que se produce.

---

<sup>717</sup> El artículo 1 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 declara que se considerarán aguas internacionales toda aquella parte de mar no incluida en la zona económica exclusiva de los Estados.

Sobre la competencia de la jurisdicción española, para conocer de los hechos susceptibles de ser calificados como delictivos y que hayan sido cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, o en alta mar<sup>718</sup> -supuesto que nos ocupa-, el artículo 23.4. c) LOPJ<sup>719</sup> dispone que “igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española (...)” .

A lo que añade el TC que la alta mar no queda fuera de la Constitución Española o del resto del ordenamiento jurídico en su totalidad. Ampliando tal sujeción al resto de poderes públicos<sup>720</sup>.

Por lo que respecta al cumplimiento de los derechos del detenido, volvemos al artículo 520. 2. e) LECR<sup>721</sup>, que recoge el derecho a poder informar del lugar de custodia. No obstante, éste puede ser restringido en

---

<sup>718</sup> STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997, Fundamento Jurídico 2, “la alta mar es un espacio marítimo exterior al mar territorial y a las aguas interiores españolas (Convenio de Ginebras de 29 de abril de 1958 sobre la alta mar, artículos 1 y 2)- no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE) y, en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra norma fundamental reconoce y garantiza”.

<sup>719</sup> El artículo 23.4 LOPJ concede competencia a los Jueces y Tribunales españoles para investigar delitos cometidos fuera de España sólo y exclusivamente cuando los encausados sean de nacionalidad española o que la mercancía -resultando los supuestos más comunes, las drogas, la trata de seres humanos y la inmigración ilegal- se pretenda introducir en territorio nacional.

<sup>720</sup> STC, de 1 de julio de 1992, Fundamento Jurídico 4, “los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer *ad intra* sus atribuciones”

<sup>721</sup> El artículo 520. 2. e) establece el derecho del detenido a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

determinadas situaciones, al igual que en el caso de los detenidos incomunicados, si bien, atendiendo a excepcionales circunstancias, el ejercicio de este derecho igualmente se puede realizar, una vez se llega a dependencias policiales, y no en el mismo momento de la detención, sin embargo, en la actualidad resulta difícilmente creíble que pueda producirse en alta mar, una total incomunicación que impida dar la información de la detención a la persona designada por el detenido.

Al anterior precepto debemos añadir el artículo 520 ter, el cual dispone que a los detenidos en espacios marinos, por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) LOPJ, les serán aplicados los derechos reconocidos, en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas.

La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo<sup>722</sup>.

Por lo tanto, en el supuesto de detención en alta mar, se deben extremar las precauciones para amortiguar, en la medida de lo posible, la complicada situación que implica la detención y traslado del sujeto en una embarcación, prestando especial atención a las propias limitaciones de la convivencia y seguridad en el buque y la distancia a tierra.

---

<sup>722</sup> Tal mandato, se adicionó por el artículo Único 5 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.



En este caso, como las diligencias no se inician en el mismo instante de la detención o en la consiguiente conducción del sujeto a comisaría, y dado que el TC ha indicado en diferentes ocasiones<sup>723</sup> que el objetivo de la asistencia letrada es garantizar los derechos constitucionales del detenido y el debido asesoramiento legal y jurídico, tanto en la fase de celebración de los interrogatorios, como en la toma de declaración, en la medida en que estas actuaciones no se efectúan durante el traslado del detenido no hay, por tanto, inconveniente en una postergación del derecho a la asistencia letrada hasta el instante de llegada a puerto y su consiguiente traslado a dependencias policiales<sup>724</sup>.

En línea con lo anterior, sostiene BANACLOCHE PALAO que “la detención queda como congelada hasta que el barco llegue a puerto español, carece de sentido llevar a cabo unas actuaciones (información de derechos, puesta a disposición del detenido de un intérprete, examen médico) que están previstas para cuando es posible realizar determinadas

---

<sup>723</sup> STC 252/1994, de 19 de septiembre.

<sup>724</sup> Al respecto se pronuncia el TC señalando que “la detención de su tripulación no fue seguida de diligencia alguna para el esclarecimiento de los hechos por parte de las autoridades del Servicio de Vigilancia Aduanera en el buque Petrel I. Y como antes se ha dicho, una parte de la tripulación, no identificada, permaneció a bordo del Archangelos, bajo la vigilancia de la dotación de presa, hasta la llegada del buque a puerto español. No ha existido, por tanto, el presupuesto necesario para satisfacer las exigencias de defensa en tales diligencias policiales conforme al sentido y finalidad del artículo 17.3 C.E., pues ninguna diligencia para el esclarecimiento de los hechos se ha practicado por las autoridades del buque captor; limitándose a custodiar a los detenidos y a proceder de forma inmediata e ininterrumpida a su traslado a un puerto español”. STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997, Fundamento Jurídico 5.

diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos”<sup>725</sup>. Postura que compartimos con dicho autor<sup>726</sup>.

Por su parte, el Alto Tribunal, en su sentencia 21/1997 subraya que la detención, aunque realizada fuera de los límites del territorio español, no deja de estar sujeta a la Constitución Española y al resto del ordenamiento jurídico, y en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra norma fundamental reconoce y garantiza<sup>727</sup>.

Obviamente, impera el cumplimiento estricto de las garantías del artículo 17 CE<sup>728</sup> y el respecto a los derechos del detenido del artículo 520 LECR. Sin embargo, en ocasiones, dada la distancia a la costa, nos encontraremos con la imposibilidad de no superar la duración legalmente establecida<sup>729</sup>.

---

<sup>725</sup> BANACLOCHE PALAO.: Privación de libertad durante 16 días, por hallarse los detenidos en alta mar. Validez de la medida limitativa de la libertad personal, Revista Tribunales de Justicia, número 4 - abril, Madrid, 1997, páginas 488 a 494.

<sup>726</sup> Por ser a nuestro juicio la más lógica y respetuosa con los derechos del detenido, a lo que añadiríamos, en línea con dicho autor y con la doctrina del propio TC, que la única actuación posible será la solicitud de los datos personales -identificación- a los ocupantes de la embarcación.

<sup>727</sup> STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997,

<sup>728</sup> Como hemos señalado en varias ocasiones, el artículo 17 CE exige que la duración de la detención, no supere el tiempo estrictamente necesario para la práctica de las indagaciones dirigidas a la investigación de los hechos y que, en todo caso, nunca ha de superar el plazo máximo establecido de setenta y dos horas, período de tiempo en el cual, el detenido debería ser puesto en libertad o a disposición del Juzgado competente.

<sup>729</sup> Es procedente recordar que la disposición final sobre la libertad personal de los ciudadanos, es judicial, con carácter exclusivo. El TC ha señalado que “la voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la libertad”. STC 115/1987, de 7 de julio de 1987, Fundamento Jurídico 1.

No obstante, el alcance de algunos de estos derechos ha sido matizado por el TS y el TC para casos de detención en alta mar. Pero esto no supone privación del derecho fundamental, sino limitación a su ejercicio por la especial situación en que se realiza la detención y traslado del detenido.

El supuesto que permite el abordaje y consecuente detención de los miembros de la tripulación u ocupantes del buque, tiene la misma cobertura jurídica que podría tener cualquier otra actuación de los agentes de la autoridad, cuando surjan los presupuestos legales que permiten la detención preventiva. Si bien, una gran parte de este tipo de actuaciones policiales, suelen producirse por resoluciones judiciales<sup>730</sup> que obligan a la intervención de los agentes de la autoridad, en cumplimiento con los requerimientos de los Juzgados y Tribunales.

Ahora bien, en todo momento debe haber un contacto permanente y fluido con el órgano judicial, para que éste se encuentre informado de la actuación. No debe tomarse, por tanto, ninguna medida sin conocimiento previo de la autoridad judicial competente, excepto en los supuestos de comisión del delito *in fraganti*, riesgo de fuga del buque y situaciones de ataque o evidente peligro.

---

<sup>730</sup> En la mayoría de los supuestos que permiten el abordaje y consecuente detención de los miembros de la tripulación y ocupantes del buque, éstos tienen lugar por medio de una resolución con forma de Auto motivado y dictado por el Juzgado competente. La STS 55/2007, de 23 de enero, permite cierta inconcreción respecto al día y la hora en que el instructor autoriza el abordaje del buque. Con ello se prevén posibles incidencias o retrasos en su práctica debido a las circunstancias propias de la navegación del barco.

Por otra parte, el artículo 22 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar<sup>731</sup> permite, directamente, la posibilidad de abordaje en casos de piratería o tráfico de esclavos, sin necesidad de autorización del Estado bandera del buque. Sin embargo, el TS<sup>732</sup> advierte que se amplía también esta posibilidad para otro tipo de delitos, como por ejemplo, en caso de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por su parte, el TC ha señalado en este sentido que dicha exigencia no sólo se traduce con la inmediata puesta a disposición personal del detenido ante el juez, sino también cuando la persona privada de libertad personal, transcurrido el plazo de las setenta y dos horas, no continúe sujeta a los agentes de la autoridad que practicaron la detención, permaneciendo bajo la tutela, control y disposición -aunque, evidentemente, no sea física- del órgano judicial que resulte competente<sup>733</sup>.

---

<sup>731</sup> Artículo 22 de la Convención de Ginebra sobre alta mar, de 29 de abril de 1958, “salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en virtud de facultades concedidas por tratados, un buque de guerra que encuentre un buque mercante extranjero en alta mar no tiene derecho a efectuar en él ningún registro, a menos que haya motivo fundado para creer : que dicho buque se dedica a la piratería, o que el buque se dedica a la trata de esclavos, o que el buque tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque haya izado una bandera extranjera o se haya negado a izar bandera. 2. En los casos de los incisos a), b) y c), el buque de guerra podrá proceder a la comprobación de los documentos que autoricen el uso de la bandera. Para ello podrá enviar un bote al buque sospechoso, al mando de un Oficial. Si aún después del examen de los documentos persistiesen las sospechas, podrá proceder a otro examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las atenciones posibles. 3. Si las sospechas no resultaren fundadas, y siempre que el buque detenido no hubiere cometido ningún acto que las justifique, dicho buque tendrá derecho a ser indemnizado por todo perjuicio o daño sufridos”.

<sup>732</sup> Así lo ha dictado el TS en su sentencia 1562/2003, de 25 de noviembre. 2009.

<sup>733</sup> STC 21/1997, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 4, último párrafo. “en el presente caso, el Juzgado Central de Instrucción número 1, con fecha 26 de enero de 1995, dictó Auto en el que se expresa que -estando por transcurrir las setenta y dos horas primeras desde la aprehensión del barco Archangelos y detención de su

En otras palabras, la licitud de la dilación en la puesta a disposición ante la autoridad judicial y, por ello, la superación del plazo máximo de detención preventiva, radica, por lo tanto, en su control judicial. Una vez se produce el abordaje, quienes proceden a la detención de los miembros de la tripulación y pasajeros del barco apresado, deben, lógicamente, informar a todos los apresados de sus derechos<sup>734</sup>, motivos y hechos de su detención<sup>735</sup>.

Sin embargo, el TC ha declarado que la virtualidad de estas garantías tiene su verdadero sentido, en atención a la práctica de las

---

tripulación-, debía legalizarse su situación en cumplimiento del mandato constitucional, y tras tener en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo que impedían la presencia física de los detenidos ante el órgano judicial y valorar los indicios de criminalidad existentes, acordó la prisión provisional, comunicada y sin fianza de éstos. Ha existido, pues, un pleno control judicial sobre la libertad del recurrente al término del plazo constitucionalmente previsto, y desde la perspectiva del control externo que corresponde a este Tribunal, ningún reproche en esta sede constitucional cabe hacer a la decisión acordando elevar la detención a prisión provisional, pues su adopción se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con la finalidad de la institución (STC 128/1995, Fundamento Jurídico 3). Lo que hace que decaiga el segundo motivo del recurso de amparo.

<sup>734</sup> La práctica de tales derechos, está sujeta a la eventualidad de que a bordo del buque haya alguien que comprenda y hable el idioma de los sujetos detenidos, incidencia ésta que se produce con cierta frecuencia -dada la diversidad de nacionalidades existente entre los tripulantes-. Por lo que consideramos no recomendable, sino imprescindible, la utilización de los medios de comunicación existentes en el buque para proporcionar, verbalmente e incluso por escrito, una notificación en el idioma propio de cada uno de los detenidos.

<sup>735</sup> Es decir, de los derechos a ser informado, inmediatamente y de modo comprensible, de las razones de la detención y sus derechos; a no ser obligado a declarar; a la asistencia letrada; a poder comunicar a un familiar o allegado el hecho de la detención y lugar donde está detenido; a ser asistido por un intérprete; a instar el *habeas corpus*, y finalmente, derecho a reconocimiento médico.

diligencias<sup>736</sup> encaminadas a la averiguación de los hechos, las cuales, normalmente, se efectúan en dependencias oficiales, no durante el período de tiempo del traslado.

Como decíamos al principio, el artículo 520.2 d) LECR, recoge el derecho a comunicar y a informar del lugar de custodia, y a nuestro juicio, tal derecho puede ser restringido en este supuesto, al igual que en el caso de los detenidos incomunicados. Si bien, el ejercicio de este derecho igualmente se realiza una vez se llega a dependencias policiales y no en el mismo momento de la detención.

Recordemos la postura mantenida por el TC <sup>737</sup> sobre el procedimiento de *habeas corpus*, interpretando el objetivo final de la institución jurídica del procedimiento de *habeas corpus*, dirigiéndolo primordialmente a impedir toda privación de libertad personal no decretada por el juez y, con ello, evitar una prolongación excesiva de la permanencia del sujeto en las dependencias policiales. Por tanto, pudiendo ejercerse desde alta mar

---

<sup>736</sup> El TC, rechazó la ilegalidad de la detención, y desestimó el *habeas corpus*, en base a la falta de realización de dichas diligencias, durante el período de tiempo que transcurrió hasta la llegada a puerto. STC 21/1997, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 5, último párrafo. “en relación con la anterior doctrina basta observar que en el presente caso la captura del buque y la detención de su tripulación no fue seguida de diligencia alguna para el esclarecimiento de los hechos por parte de las autoridades del Servicio de Vigilancia Aduanera en el buque Petrel I. Y como antes se ha dicho, una parte de la tripulación, no identificada, permaneció a bordo del Archangelos, bajo la vigilancia de la dotación de presa, hasta la llegada del buque a puerto español. No ha existido, por tanto, el presupuesto necesario para satisfacer las exigencias de defensa en tales diligencias policiales conforme al sentido y finalidad del artículo 17.3 C.E., pues ninguna diligencia para el esclarecimiento de los hechos se ha practicado por las autoridades del buque captor; limitándose a custodiar a los detenidos y a proceder de forma inmediata e ininterrumpida a su traslado a un puerto español”.

<sup>737</sup> En este sentido se pronuncia el TC en su sentencia 208/2000, de 24 de julio.

En consecuencia, siempre que las distintas actuaciones tengan la imprescindible cobertura de la autoridad judicial, se considera posible delimitar este derecho<sup>738</sup>.

No obstante, existen una serie de garantías consagradas en el mismo precepto, sobre todo los derechos fundamentales relacionados con la integridad física y la dignidad de la persona; derecho a no ser obligado a declarar y el derecho a reconocimiento médico, que no pueden ser violados en modo alguno, con independencia de su permanencia en tierra, espacio o alta mar. Es indudable la dificultad de disponer de un médico forense o facultativo médico en las operaciones de detención en el mar, es por ello por lo que la exploración y atenciones se retrasarán hasta su desembarco en tierra.

En lo relativo a la integridad física y psíquica, sin olvidarnos del derecho a la dignidad, sostiene BUJOSA VADELL <sup>739</sup> que en el

---

<sup>738</sup> De este modo lo manifiesta el TC en su sentencia 21/1997, de 10 de febrero, y en esta misma línea se había pronunciado en sus sentencias: 31/1985, de 5 de marzo, y 341/1993, de 18 de noviembre. Sin embargo, consideramos oportuna y descriptiva la STC, de 1 de julio de 1992, Fundamento Jurídico 6, en la que dispone el TC que "dicho instituto" (procedimiento *habeas corpus*) opera, potencialmente, en "todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez" (STC 31/1985, fundamento jurídico 2º y en concreto, frente a una eventual "prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales" (STC 341/1993, fundamento jurídico 6º) - lo que aquí no es el caso-, de suerte que su finalidad esencial es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad (SSTC 194/1989 y 104/1990, entre otras), frente a detenciones ilegales o que transcurran en condiciones ilegales (STC 153/1988)".

<sup>739</sup> En este sentido, define el cacheo como "diligencia de investigación que consiste en una modalidad de registro personal que consiste en la prospección superficial externa del cuerpo e indumentaria con la finalidad de descubrir objetos no permitidos o peligrosos, efectos del delito u otras fuentes de prueba ocultas entre la ropa o el

ordenamiento jurídico español, los registros personales y los cacheos han de ejecutarse respetando, en lo máximo posible, la dignidad y la intimidad física<sup>740</sup> del detenido.

En relación con lo que hemos estado viendo, resulta interesante comprobar que el TEDH estableció que la superación del plazo máximo de detención está aceptada, en base a las condiciones excepcionales de la detención que justifican un retraso<sup>741</sup>.

Por lo que podemos afirmar que el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental, ha de ser tutelado en todo momento por la autoridad judicial, pudiendo realizarse por las FCSE, las restricciones legalmente establecidas, y reuniendo los requisitos exigidos en cada supuesto, no superando en modo alguno los plazos impuestos en cada caso, y como piedra angular de todos ellos, debemos destacar la garantía que implica la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de dicha privación de libertad personal.

---

cuerpo". BUJOSA VADELL, L. M.: La detención desde la perspectiva de la Policía local en España, *Criminalidad*, Volumen 55, número 2, 2013, página 99.

<sup>740</sup> En cuanto al reconocimiento físico con desnudo integral, éste se podrá efectuar cuando no existan otros medios electrónicos para la práctica del examen, y cuando existan motivos fundados que muestren que el detenido puede disimular en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar perjuicio a la salud o integridad física de las personas o de perturbar o poner en peligro la seguridad de la propia embarcación. Los encargados de dichas intervenciones han de ostentar la consideración de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. STC 218/2002, de 25 de noviembre.

<sup>741</sup> Resolución del TEDH, Asunto Rigopoulos v. España, Sentencia de 12 de enero de 1999.



### 3.2.- Detención de menores

Obviamente, es discutible la inclusión de la detención del menor en un apartado de supuestos especiales. Por lo que consideramos necesaria hacer varias puntualizaciones previas. Respecto de la privación de libertad del menor, hemos planteado dos supuestos posibles.

Por un lado, su detención existiendo la previa comisión de un delito en la que el menor resulta imputable –caso al que dedicaremos este apartado-. Puesto que en el caso de que éste resultase ser inimputable, su detención derivará, según las circunstancias personales, en un internamiento o puesto a disposición de sus tutores o Entidad Tutelar. Por lo que nos ocuparemos de él en el apartado de Internamientos.

Y, por otro lado, tenemos el internamiento sin que haya habido conducta delictiva alguna. Será ello como consecuencia de que el menor sea considerado peligroso para los demás o para sí mismo, como consecuencia de enfermedad mental o mediar enfermedad infecto-contagiosa. Supuesto que abordaremos en los apartados siguientes.

En consecuencia, hemos tratado de enfocar la detención del menor imputable, como una especialidad que merece una atención singular y diferenciada del concepto generalista de la detención preventiva del adulto.

Por tanto, nos ocuparemos a continuación de ella enfocándola como detención preventiva en su condición de medida cautelar, y subrayando las peculiaridades que se producen como consecuencia de dicha minoría de edad del sujeto<sup>742</sup>.

---

<sup>742</sup> A tenor del artículo 5.3 LORPM, la edad que resulta determinante para la posible aplicación de la Ley, ha de considerarse entendida al momento de la ejecución de los hechos, sin que la posibilidad de haber superado la edad de dieciocho años, antes

Toda norma jurídica que afecte a un menor habrá de ser interpretada bajo la protección que prevén los acuerdos internacionales<sup>743</sup>, siendo el interés superior del menor el fin jurídico que, de forma transversal, se exige en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 39 CE dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La protección de los derechos del menor, es la prioridad en la aplicación de las legislaciones nacionales y de los acuerdos internacionales, tratando de establecer principios y garantías que protejan sus derechos y desarrollo. En España, la LOPJM 1/1996<sup>744</sup>, en su artículo 2,

---

del inicio del procedimiento o en el transcurso de su tramitación, tenga algún tipo de incidencia en la aplicación de la LORPM.

Por otro lado, si el autor de los hechos es menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad penal, sino que se le aplicarán las normas sobre la protección de los menores, previstas en el CC y legislación vigente<sup>742</sup>. En atención a lo anterior, el artículo 3 LORPM, dispone que el Ministerio Fiscal habrá de enviar a la Entidad Pública encargada de la protección de menores, testimonio de los particulares y que estime preciso sobre el menor, con el objetivo de valorar su situación. La Entidad Pública resultará, por tanto, la encargada de promover todas aquellas medidas de protección del menor que considere idóneas en atención a sus circunstancias. No obstante, lo anterior no afecta a su detención.

Recordemos que la responsabilidad civil, como consecuencia de la comisión de ilícitos penales, viene reflejada en la LORPM, en el artículo 61 y siguientes, los cuales, establecen la exigencia de dichas responsabilidades a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho y, también contra los aseguradores, que se hayan posicionado asumiendo el riesgo de las responsabilidades económicas que resultan de la comisión de los delitos.

<sup>743</sup> En especial la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en el ordenamiento jurídico español el 5 de enero de 1991.

<sup>744</sup> La LO 1/1996 de 15 de enero, sobre la Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que a su vez ha sido parcialmente modificada con la aprobación de la LO 8/2015, de 22 de julio, y por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección

proclama, sobre el interés superior del menor, que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la citada ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por su parte, el artículo 37 CDN<sup>745</sup>, reúne una serie de derechos, entre los que podemos destacar, la prohibición a una privación de libertad arbitraria, y a que ésta, en su caso, sea adoptada como última *ratio* y siempre con la duración más breve posible. Igualmente establece la exigencia de un trato digno, teniendo en todo momento presentes las

---

a la infancia y a la adolescencia. Siendo la principal finalidad de dicha reforma, conceder prioridad al interés superior del menor.

<sup>745</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 37. Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción

específicas necesidades de los menores que hayan sido internados o privados de libertad, a los que debemos añadir una serie de derechos que tienen en común con toda persona detenida, o privada de libertad, que son: el derecho a acceder a la asistencia jurídica, la posibilidad de impugnar ante un tribunal la ilicitud de su privación de libertad, y su rápida resolución judicial.

En cuanto a la detención del menor, opina VALBUENA GARCÍA que se trata de una “medida de carácter personal encaminada, a la puesta del mismo a disposición del Fiscal de Menores<sup>746</sup>, dado el propio orden cronológico del proceso, ya que lo que la detención persigue, de forma primordial e inmediata, es garantizar la presencia física del menor ante el Ministerio Fiscal cuando existen indicios razonables para sospechar que no comparecerá voluntariamente ante un requerimiento”<sup>747</sup>.

Por lo que se refiere a la efectuada por particulares, coincidimos con SILVESTRE ROMERO cuando considera que a pesar de que el artículo 17.1 LORPM<sup>748</sup> únicamente menciona a los funcionarios y autoridades que

---

<sup>746</sup> Añadiendo a lo anterior, por nuestra parte, que dicha puesta a disposición del Fiscal resulta independiente de la procedencia de la práctica de la detención, en la que incluimos a los particulares. Quienes, en la práctica totalidad de los supuestos, pondrán a los menores detenidos a disposición de la policía y agentes de la autoridad.

<sup>747</sup> VALBUENA GARCÍA. E.: *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. editorial Aranzadi, Navarra, 2008, página 94 y siguientes.

<sup>748</sup> El artículo 17.1 LORPM dispone que, las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 LECR, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando

intervienen en la detención, aludiendo de manera expresa al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial y a la Policía, no debe interpretarse este silencio legal como una exclusión de los particulares, los cuales podrán practicarla en los supuestos contemplados en el artículo 490 LECRIM<sup>749</sup>.

Sobre el marco jurídico que afecta, directa o indirectamente, al supuesto de la detención de menores, y dentro de ámbito penal, si la persona a la que se detiene es menor de edad, el artículo 520.4 LECR<sup>750</sup> establece que en ese supuesto se pondrá a disposición de las Secciones de la Fiscalía de Menores, poniendo en conocimiento de las personas que tengan la responsabilidad legal de la tutela del menor detenido. En el caso de que existiese algún tipo de interés que entre en conflicto, entre el responsable legal del menor y éste, será necesario que se designe un defensor judicial, al que se le informará de todos los datos relacionados con la detención.

---

el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

<sup>749</sup> SILVESTRE ROMERO, D.: La libertad personal y sus limitaciones, Universidad Jaime I, Castellón, 2018, página 46.

<sup>750</sup> El artículo 520.4 LECR, establece que, “si se tratare de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad. En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención. Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

En la Exposición de Motivos<sup>751</sup> de la LORPM 5/2000, se subraya la importancia de dicha norma, destacando que ésta se sustenta en tres pilares básicos: el principio del superior interés del menor -principio esencial que la guiará-; las garantías del conjunto normativo nacional y la expresa atención a la Convención de los Derechos del Niño<sup>752</sup>. A lo que añadimos, la normativa internacional en la que hay que destacar los tratados y acuerdos internacionales que España ha ratificado<sup>753</sup>.

---

<sup>751</sup> Párrafo segundo del punto dos, de la Exposición de Motivos de la LORPM 5/2000, de 12 de enero. Dado que la expresada Ley Orgánica se reconocía a sí misma expresamente "el carácter de una reforma urgente, que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores", es evidente la oportunidad de la presente Ley Orgánica, que constituye esa necesaria reforma legislativa, partiendo de los principios básicos que ya guiaron la redacción de aquélla (especialmente, el principio del superior interés del menor), de las garantías de nuestro ordenamiento constitucional, y de las normas de Derecho internacional, con particular atención a la citada Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y esperando responder de este modo a las expectativas creadas en la sociedad española, por razones en parte coyunturales y en parte permanentes, sobre este tema concreto.

<sup>752</sup> BOE número 313, de 31 de diciembre de 1990. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Constituye uno de los Tratados, ratificado por mayor número de países. A su vez, esta convención contiene tres Protocolos que complementan el Tratado: el relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; el relativo a la participación de los niños en conflictos armados y, por último, el relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

<sup>753</sup> Entre ellos, por su importancia, destacamos: la Resolución de la Asamblea General de la ONU 40/33, sobre las normas básicas para la justicia de los menores, de 29 de noviembre de 1985, denominadas Reglas Beijing; la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño; y el Convenio sobre la Protección del Niño de la Haya, de 29 de mayo de 1993.

Si tuviésemos que hallar la *ratio legis*, común de la normativa internacional, podríamos decir que trata de conseguir que la detención de un menor sea el último recurso del que pueda hacerse uso, y tan solo como excepción a la regla general.

Por su parte SILVESTRE ROMERO se muestra crítico y opina que la LORPM “es una ley incompleta que no trata cuestiones esenciales sobre los límites que permite en cuanto a las medidas coactivas. No contempla, de manera explícita, los requisitos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad que deben concurrir en toda privación de libertad personal”, por lo que considera que debería ser objeto de revisión legal<sup>754</sup>.

Llegados a este punto, nos aproximaremos a los principios que han de regir este procedimiento. En él nos encontramos con unos principios reguladores (el de superior interés del menor<sup>755</sup>; separación absoluta de las

---

<sup>754</sup> SILVESTRE ROMERO, D.: La libertad personal y sus limitaciones...op. cit., página 48.

<sup>755</sup> Ha de imperar, como declaración de principios y elemento sustancial del procedimiento y, también, de aquellas medidas que se tomen en beneficio y provecho del menor.

funciones instructora y decisora<sup>756</sup>; acusatorio<sup>757</sup>; de oportunidad<sup>758</sup>; y, por último, de flexibilización<sup>759</sup>) que proceden de la doctrina TC, y que están

---

<sup>756</sup> Funciones que se asignan, de forma respectiva, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Menores competente, el del lugar en el que el delito o ilícito penal se haya realizado. Según el artículo 2.3 LORPM establece que “la competencia corresponde al Juez de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley”, el cual, a su vez, señala que, en los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 LECR.

<sup>757</sup> Será el que restrinja las potestades sancionadoras, de las que dispone el Juzgado de Menores, estando supeditadas a la petición que realice el Ministerio Fiscal o acusador particular, en su caso, por lo que no será posible imponer medidas que impliquen una limitación de derechos mayor, ni con una duración superior a la solicitada por ellos, siendo lo anterior consecuencia de la establecido por el artículo 8 LORPM. El principio acusatorio, encuentra su reflejo en el artículo 8 LORPM, declarando que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el CP.

<sup>758</sup> Postulado en cuya virtud, el Ministerio Fiscal tendrá la posibilidad, cuando se reúnan los presupuestos necesarios, de desistir de la incoación del expediente por ser bastante la corrección que el menor sufrirá en su ámbito personal, familiar y educativo. Artículo 18 LORPM “el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el CP o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el 3 LORPM. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.



relacionados con el imprescindible respeto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales que se disponen en el artículo 24 CE.

Los principios han de cumplirse siempre y escrupulosamente, máxime en el caso de la detención de menores, donde dadas las especiales circunstancias personales de éstos, el proceso ha de orientarse en interés al óptimo desarrollo y educación de los mismos.

Así mismo, consideramos de interés retomar la cuestión pendiente sobre la ascendencia que posee el principio de interés superior del menor sobre los postulados mencionados. Para ello partiremos desde la posición mantenida por RIVERO HERNÁNDEZ<sup>760</sup>, quien señala que “pese a la dificultad que tiene proponer una noción exacta de lo que significa el interés superior del menor, podríamos aventurarnos a considerarlo como tres partes de un mismo objeto: como derecho<sup>761</sup>; como principio interpretativo<sup>762</sup>; y por último; como norma de procedimiento<sup>763</sup> Aspectos que será necesario tener presentes en toda actuación que se realice durante la detención del menor, por mínimo o irrelevante que pudiese parecer.

---

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

<sup>759</sup> Flexibilización en la ejecución de las medidas de seguridad, que corresponden a la Entidad Pública de protección o reforma, dependientes de la correspondiente Comunidad Autónoma, ello bajo control del Juez de Menores. Ello en virtud del artículo 44 LORPM.

<sup>760</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: El interés del menor, editorial Dykinson, Madrid, 2007, páginas 283 a 285.

<sup>761</sup> A que su interés sea valorado como primordial.

<sup>762</sup> De normas, de medidas que se adopten, etc., primando su interés a cualquier otro que concurra:

<sup>763</sup> Que obliga a incluir siempre una valoración de las consecuencias que afecten a los menores.

Veamos, pues, el principio del superior interés del menor, que se ha convertido en el principio vertebrador de la LORPM, al que le daremos un enfoque en el que se incluyan las tres dimensiones citadas *supra* que tienen la finalidad de asegurar el respeto, completo y efectivo, de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Comenzamos enfocando el interés del menor como derecho sustantivo, teniendo en cuenta que se trata de un hecho verdaderamente significativo que, el interés superior del menor, haya alcanzado la consideración de derecho subjetivo <sup>764</sup>. En este sentido, GUINEA FERNÁNDEZ sostiene que “su definitivo carácter de derecho, refuerza la posibilidad de su exigencia, abandonando su mera existencia como un mero principio hermenéutico” <sup>765</sup>. Opinión con la que coincidimos plenamente, la condición de carácter subjetivo le concede un plus de exigencia que beneficia su ejercicio e implantación<sup>766</sup>.

El interés superior del menor no se limita exclusivamente a señalar los derechos de carácter tuitivo, sino que incluye aquellos derechos que se dirigen a la promoción de su participación en los asuntos que le afectan y en su propia autonomía. Lo que, a su vez, provoca que las restricciones y limitaciones a su capacidad de actuación -de obrar- hayan de ser

---

<sup>764</sup> Aunque habría que señalar que, el interés superior del menor, de *facto*, estaba siendo utilizado plenamente por la mayoría de las instituciones, entes y elementos intervinientes en la protección y atención a los menores.

<sup>765</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R.: El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, VV. AA., Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia, 2015, página 5.

<sup>766</sup> Por lo tanto, el interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen. Máxime en el supuesto de su detención.

interpretadas restrictivamente, es más, habrá de ser siempre en aras del superior interés del menor, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.1 LOPJM<sup>767</sup>.

Es decir, “las limitaciones de la capacidad de obrar del menor, solo tendrán sentido cuando sean establecidas en su propio interés y es así como habrán de interpretarse”, de este modo se pronunció el Consejo Fiscal<sup>768</sup>.

Según lo señalado, será de obligado cumplimiento realizar la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, la que más beneficio le produzca o en su defecto, la que menos quebranto le cause. Resulta necesario subrayar en este punto que la LO 8/2015 reúne una serie de criterios generales que siguen la doctrina más reciente del TS<sup>769</sup>.

---

<sup>767</sup> Artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del CC y LEC. “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

<sup>768</sup> Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, páginas 4-5.

El Consejo Fiscal ha manifestado que con esta disposición se intentan evitar las malas prácticas, que despreciaban la alegación de razonamiento alguno y que provocaban revocaciones por parte del TS. En esta línea se posiciona el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, página 5.

<sup>769</sup> Resultando, como unas de las más significativas, la STS, de 31 de julio de 2009.

En otras palabras, en los casos en que el menor se halle en situación de desprotección y nos encontremos ante un conflicto de intereses, la exigencia de la ley es que se priorizará el interés del menor frente a cualquier otro. No obstante, ello será, sin perjuicio de que las pautas que se adopten habrán de respetar el resto de intereses legítimos que confluyan.

En último lugar, si entendemos el principio del superior interés del menor, como norma de procedimiento, necesariamente habremos de considerar que el menor tendrá derecho a lo siguiente: a ser informado, oído y escuchado; a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente <sup>770</sup> ; a la intervención en el proceso de profesionales especializados <sup>771</sup> ; a la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses; a la toma de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

---

<sup>770</sup> El Comité de los Derechos del Niño, ha puesto de manifiesto, en el artículo 12 de la Convención que el niño tiene derecho a expresar su opinión en la totalidad de las decisiones que le afecten, estableciendo expresamente que, “los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

<sup>771</sup> Será un requisito imprescindible que estos profesionales intervinientes cuenten con una sobrada preparación, que les faculte para determinar las concretas necesidades de los menores discapacitados o necesitados de especial protección.

Podemos considerar que, una vez vistas someramente las tres dimensiones señaladas, es claro que la determinación del superior interés del menor, en cada supuesto, debe fundamentarse en una serie de juicios admitidos y valores universalmente aceptados por la legislación, que deberán ser medidos en función de diversos elementos y del contexto de cada supuesto, y que han de ser señalados en la fundamentación de la decisión adoptada, con el objetivo de analizar si ha sido acertada o no la aplicación efectuada del principio.

En definitiva, y con lo analizado hasta el momento, se puede afirmar que en la normativa anterior existía una cierta incertidumbre y falta de concreción sobre lo que habría de entenderse por “interés superior del menor”, algo que creemos que se ha subsanado, en gran parte, con la modificación legal que se ha efectuado, recogiendo los criterios interpretativos y de aplicación, lo que facilitará su empleo en cada caso concreto.

Vamos a abordar a continuación, un derecho del menor al que cada vez se le concede una mayor importancia. Nos referimos al derecho a ser oído y escuchado<sup>772</sup>. Sin embargo, LÁZARO GONZÁLEZ advierte que ello “no implica que sea vinculante, pero sí significará que una decisión contraria habrá de ser respaldada por una motivación suficiente, por lo que en las resoluciones que se adopten, será incluida la valoración y las conclusiones de la audiencia del menor”<sup>773</sup>. A dicha postura nos sumamos

---

<sup>772</sup> Recordemos que el artículo 12 CDN, recoge el derecho del menor a expresar su opinión y el correspondiente respeto a ella, tanto en procedimientos de índole administrativo como penal, promoviendo su participación en las vistas que se celebren y tengan relación los intereses de éste.

<sup>773</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Familia y sucesiones, Cuaderno jurídico, número 11, 2015, página 5.

Respecto a la posibilidad de decretar la incomunicación de los menores detenidos, se reformaron los apartados 1 y 2 del artículo 509 LECR<sup>774</sup> que regula la detención o prisión incomunicadas, y se introdujo un nuevo apartado 4, que prohíbe la detención incomunicada para los menores de dieciséis años.

Hasta este momento nos hemos ocupado del marco normativo y del ámbito de aplicación, veamos a continuación el modo en que ha de realizarse.

El artículo 3 del RD 1774/2004 de 30 de julio, dispone la manera en que ha de producirse la detención del menor, señalando el marco legal en el que se debe realizar.

Como apuntábamos antes, será lo menos perjudicial posible, informando de los hechos que se le imputan, delito cometido y derechos que le asisten, notificando todo ello a sus representantes legales y al

---

<sup>774</sup> Artículo 509 LECR. 1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. 2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. 3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida. 4. En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años.

Ministerio Fiscal. Recordemos, que el principio de búsqueda y primacía del interés superior del menor obliga en todo lo relacionado con menores.

La declaración del menor, a tenor del artículo 17.2 LORPM<sup>775</sup> será siempre con asistencia letrada, en presencia de sus representantes legales y desde que se incoa el expediente del Ministerio Fiscal<sup>776</sup>.

La custodia de los menores detenidos será realizada en dependencias adecuadas y separados de los detenidos mayores de edad, con asistencia de psicólogos, asistentes sociales y medidas de seguridad<sup>777</sup>

---

<sup>775</sup> Artículo 17.2 LORPM. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho, o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

Como es sabido, La LO 13/15, de 5 de octubre, no produjo modificación alguna en el artículo 17 LORPM, por lo que, en el supuesto de que se produjese algún tipo de conflicto de intereses, habrá de estar a lo dispuesto por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, la cual en su artículo 29.2 establece que, en el supuesto de que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente -o en los casos en que se vaya a modificar-, deba comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

<sup>776</sup> Será un Fiscal distinto del Fiscal instructor, ello en virtud del artículo 22 LORPM, el cual establece que, desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal o agente de la autoridad, de los derechos y garantías que le asisten.

<sup>777</sup> Como es sabido, las medidas del artículo 7 LORPM tienen una naturaleza propia, distinta a las de las penas, y siendo diferentes a las medidas de seguridad, aunque ambas se encuentren en el CP. Entiende HERNÁNDEZ GONZÁLEZ que “ni son penas, porque si bien tiene como fundamento la culpabilidad, sin embargo, no siempre son proporcionadas a la gravedad del delito, ni tampoco son medidas de seguridad”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. V.: Las medidas aplicables a menores

especiales, si fuesen necesarias, ello según lo dispuesto en el artículo 17.3 LORPM<sup>778</sup>.

En el artículo 17.5 LORPM, se establece que el Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, habrá de resolver y en su caso poner a disposición del Juez competente, e instando del mismo las oportunas medidas cautelares. Con arreglo a lo establecido en el artículo

---

infractores, un análisis del artículo 7 de la LORPM, Editorial Universidad de Granada, 2014, página 163.

En esta línea, añade SERRANO TÁRREGA que, como consecuencia de lo anterior, “su fundamento no se basa en la peligrosidad del sujeto”. SERRANO TÁRREGA, M. D.: Derecho Penal Juvenil, editorial Dykinson, Madrid, 2006, páginas 339 y 340.

En cuanto a la posibilidad de aplicación de las medidas cautelares dispuestas en el artículo 29 LORPM, así como las circunstancias eximentes de los números 1, 2, y 3 del artículo 20 CP, y las medidas terapéuticas previstas en el artículo 7. d) y e) LORPM. Debemos tener presente que las medidas previstas para los menores nada tienen que ver con las medidas de seguridad reguladas por el CP ya que estas últimas se sustentan sobre un pronóstico de peligrosidad futura, tal como se desprende del artículo 6.

El artículo 29 LORPM dispone que: “si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra clase de las circunstancias previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP, se adoptaran las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta ley conforme a lo que establecen sus arts. 5. 2 y 9, y de solicitar por los tramites de la misma, en su caso alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta ley”.

<sup>778</sup> El artículo 17.3 LORPM dispone que, mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.



28 LORPM<sup>779</sup> el Ministerio Fiscal podrá, en cualquier momento, solicitar al Juez, la adopción de las medidas cautelares necesarias -internamiento<sup>780</sup>, libertad vigilada o convivencia con persona o familia-, en los supuestos en que se considere probable que se vaya a eludir la acción de la justicia o de que pudiese volver a cometer un delito.

En las dependencias policiales en las que permanezca detenido el menor, habrá un libro de registro -confidencial- conteniendo; los datos personales, fecha de entrada, información de los derechos que le asisten, los hechos y motivación de la detención, notificación a los representantes legales y, finalmente, traslado o su puesta en libertad. Estos datos reservados estarán únicamente a disposición del Ministerio Fiscal.

Como es sabido, las garantías que corresponden a todo menor detenido serán las mismas que las dispuestas para los mayores de 18 años, junto con lo prevenido en el artículo 520.4 LECR, así como que el Ministerio Fiscal será el órgano instructor y no el Juez de Instrucción competente.

---

<sup>779</sup> El artículo 28 .1 LORPM, establece que, “el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado o para la debida protección de la víctima. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”.

<sup>780</sup> En referencia al internamiento del menor, nos remitimos a otros apartados del presente estudio.

La duración de la detención no podrá superar, en modo alguno, las veinticuatro horas desde que se haya producido la privación de libertad personal por parte de los agentes de la autoridad, siendo puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, quien decidirá la situación personal del menor detenido, -como anticipábamos *ut supra*- en el plazo de cuarenta y ocho horas como máximo, acordando a continuación su puesta en libertad, poniéndolo a disposición del Juzgado de Menores, para solicitar su internamiento preventivo o, en su caso, el desistimiento de la causa. Ello en cumplimiento del punto cuarto del artículo 17 LORPM.

Por ello, podemos considerarlo como un marco jurídico mínimo y que nos muestra el escenario de actuación en que se debe desarrollar, teniendo en cuenta la cobertura -preservado en todo momento- del principio del interés superior del menor.

Dadas las propias peculiaridades del procedimiento, la policía pondrá al menor detenido a disposición, no del Juez, sino del Ministerio Fiscal, quien ostenta la dirección de la fase de investigación en el proceso penal de menores.

En cuanto a los menores de edad entre catorce y dieciocho años, que sean **presuntamente** responsables de la comisión de hechos delictivos, podrán ser detenidos<sup>781</sup> siempre que no resulten eficaces otras posibles

---

<sup>781</sup> Para determinar la necesidad de practicar la detención de oficio, además de los requisitos generales del ordenamiento, deberá valorarse:

- a. Gravedad del delito cometido.
- b. Flagrancia del hecho.
- c. Alarma social provocada.
- d. Riesgo de eludir la acción de la justicia o peligro cierto de fuga.
- e. Habitualidad o reincidencia.
- f. Edad y circunstancias del menor, especialmente en el tramo de dieciséis a dieciocho años.

soluciones y sea necesario para la protección del propio menor, la averiguación de los hechos, el aseguramiento de las pruebas o la protección de las víctimas<sup>782</sup>.

En los demás casos deberán ser entregados a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, a una institución de protección de menores o al centro de reforma si estuvieren cumpliendo una medida judicial de internamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

En todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía correspondiente.

Sobre la forma de la detención, cacheo y colocación de grilletes, deberá practicarse en la forma que menos perjudique al menor en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a sus circunstancias personales y al delito cometido, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores entre dieciséis y dieciocho años de edad. Se evitará, en la medida de lo posible, la espectacularidad, el empleo de lenguaje duro, la violencia física y la exhibición de armas.

---

<sup>782</sup> Siguiendo lo establecido por la Fiscalía General del Estado mediante la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores”, en el supuesto de la orden de detención de mayores de edad por hechos cometidos siendo menores, cabe señalar que la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, a través de lo recogido en su artículo 5.3, determina que la competencia seguirá correspondiendo a la jurisdicción de menores y que el cauce procedimental será el previsto en la misma, teniendo la persona a la que se atribuya la comisión del ilícito penal todo el abanico de derechos y garantías previstos para los menores de edad, entre los que se encuentran la mayor brevedad de los plazos de la detención. Sin embargo, será improcedente la presencia obligatoria de las personas que, en su minoría de edad, hayan ejercido la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho.

Por lo que se refiere a la comunicación de la detención, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad, deberá notificarse, inmediatamente, el hecho de la detención y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad; la tutela o la guarda de hecho, comunicándoles, asimismo, su derecho a designar abogado.

En caso de conflicto de intereses con los anteriores, la comunicación se hará al defensor judicial que hubiera sido nombrado; en caso de menores tutelados por la administración, a la entidad pública encargada de la protección; Ministerio Fiscal<sup>783</sup>; Oficina Consular de su país<sup>784</sup>.

En cuanto a la custodia<sup>785</sup> ésta será en dependencias policiales que cumplan con las medidas mínimas de seguridad en atención a sus circunstancias específicas, como peligrosidad, incomunicación, motivo de la detención, trastorno psíquico, sexo u otras. Permanecerán separados de los mayores de edad detenidos eludiendo, previa valoración de su

---

<sup>783</sup> Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial o, en caso de que se trate de hechos de naturaleza terrorista, a la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

<sup>784</sup> Si el menor detenido fuera extranjero el hecho de la detención y el lugar de custodia se notificarán a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España, o cuando así lo soliciten el propio menor o sus representantes legales. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

<sup>785</sup> Se estará a lo dispuesto en las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad 11/2015, por la que se aprueba la "Instrucción técnica para el diseño y construcción de áreas de detención" y 12/2015, por la que se aprueba el "Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado".

peligrosidad, el ingreso en calabozos. Podrán ser visitados<sup>786</sup> por quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho o del representante legal.

Al respecto de la asistencia letrada, en el supuesto que el abogado nombrado por el menor sea distinto al designado por quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, se elevará consulta al Ministerio Fiscal competente. La asistencia letrada<sup>787</sup> estará a lo recogido en el artículo 520.6 LECR<sup>788</sup>.

El plazo de detención, como ya hemos apuntado en diferentes ocasiones no podrá durar más tiempo del mínimo indispensable para la necesaria averiguación de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo

---

<sup>786</sup> Excepto en los casos en que se apliquen las medidas recogidas en los artículos 509, 520 bis y 527 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o cuando no resulte aconsejable de acuerdo con el artículo 17.2 de la LORPM 5/2000.

<sup>787</sup> En caso de detención del menor por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico no cabe la renuncia del menor detenido a la preceptiva asistencia de abogado, de conformidad con lo apreciado en la mencionada Circular 9/2011, de 16 de noviembre.

<sup>788</sup> El menor de edad, mayor de dieciséis años, detenido por delitos de terrorismo u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas que haya sido incomunicado podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d. Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. En la solicitud de incomunicación deben hacerse constar los derechos cuya restricción o privación se solicita. Las medidas instadas se entenderán acordadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual la Autoridad Judicial de menores competente habrá de pronunciarse mediante auto motivado sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones.

de veinticuatro horas el menor detenido deberá ser puesto; en libertad, con entrega a sus tutores <sup>789</sup>; en libertad si estuviesen emancipados; a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial, o, en caso de que se trate de hechos de naturaleza terrorista<sup>790</sup>, de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

Por último, respecto de la detención de los menores de catorce años, cualquiera que sea la infracción penal que cometan, están exentos de responsabilidad penal. La intervención sobre ello será siempre de carácter protector administrativo. No se permitirá que se obtengan o difundan imágenes del menor, sea autor o testigo de una infracción penal, ni se facilitarán datos que permitan su identificación, con pleno cumplimiento de las normas relativas a la protección jurídica de menores, especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

### **3.3.- La detención por delitos de terrorismo.**

Previene el artículo 55 CE<sup>791</sup>, que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria

---

<sup>789</sup> Es decir, aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, de hecho, o de derecho, salvo que exista desamparo, en cuyo caso se hará entrega a la Entidad Pública de protección, haciéndolo constar en el atestado y comunicándolo a la Sección de Menores de la Fiscalía competente.

<sup>790</sup> La prórroga del plazo de detención y la incomunicación del menor detenido, integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, se interesará a través de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional para su oportuna petición al Juez Central de Menores. En estos supuestos, la detención podrá prorrogarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que sea solicitada, y autorizada por el Juez, dentro del plazo máximo de detención señalado en el apartado

<sup>791</sup> El artículo 55 CE establece la posibilidad de suspensión de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, concretamente, en los artículos: 17; 18.2 y 3; 19; 20.1, a) y

intervención de la autoridad judicial y el adecuado control parlamentario, los artículos 17.2, 18.2 y 3 CE podrán ser suspendidos para determinadas personas relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como consecuencia de la conculcación de los derechos y libertades que se produciría.

La importancia del artículo 55 CE, deriva no solo porque dispone la posibilidad de la suspensión de determinados derechos fundamentales de forma conjunta, sino que abre la posibilidad a que, de forma individual y previa ley orgánica que lo disponga, se pueda suspender y superar el plazo máximo de detención, el cual se amplía setenta y dos horas como plazo ordinario, pero prorrogable para fines de la investigación hasta cuarenta y ocho horas más, siempre que se haya solicitado la ampliación en las primeras cuarenta y ocho horas y se autorice judicialmente de forma motivada.

En consecuencia, ello implica una mayor restricción de derechos. Se establece que conservará el detenido el disfrute del ejercicio de los derechos del artículo 520 LECR, pero con tres importantes limitaciones: no cabe la posibilidad de designación de abogado de libre elección; no tiene

---

d), y 5; 21; 28.2 y 37.2. Suspensión que podrá llevarse a cabo cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la CE.

En el supuesto de declaración de estado de excepción, no se suspenderá el derecho que toda persona detenida tiene a ser informada, de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca -artículo 17.3 CE-.

derecho a la notificación de la detención; ni podrá llevar a cabo la entrevista previa con su abogado.

Es obvio que se trata de graves restricciones al derecho de defensa dispuestas en el artículo 520 bis LECR<sup>792</sup>.

Por su parte, el artículo 527 LECR decreta que cuando concurra alguna de la circunstancias previstas en el artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de una serie de derechos en determinados supuestos y condiciones; entre ellos, designar un abogado de su confianza; comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense; entrevistarse reservadamente con su abogado; acceder él o su

---

<sup>792</sup> Dispone el artículo 520. bis que, “1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización, como la denegación de la prórroga, se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”.



abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención<sup>793</sup>.

Sobre la posibilidad de decretar la incomunicación<sup>794</sup>, debemos destacar que no será automática, sino que en el artículo 509 LECR se menciona textualmente “podrá”, por lo tanto, será decidida motivadamente por el Juez. Por ello, la autoridad judicial competente<sup>795</sup> tendrá la posibilidad durante la detención, de requerir información y conocer los hechos y antecedentes, personalmente o por delegación en el juzgado de Instrucción del lugar en que se encuentre el detenido.

En otras palabras, cuando concurren las circunstancias contenidas en el artículo 509 LECR, se podrá privar al detenido de los derechos descritos en el artículo 527 LECR.

Las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, quedan bajo la tutela del órgano judicial competente, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido y el respeto a sus derechos.

Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que

---

<sup>793</sup> Cuando la restricción de algunos de esos derechos sea solicitada por las FCSE o por el Ministerio Fiscal habrá de ser instada por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones.

<sup>794</sup> Será necesario que la incomunicación o restricción sea acordada a través de Auto - debidamente motivado-. Al igual que las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509 LECR.

<sup>795</sup> Existe, por tanto, un cambio de competencia del órgano de control, en lugar del Juez de Instrucción ordinario, será competente el Juez Central de Instrucción.

tenga derecho a hacerlo, se realizarán con una frecuencia de, al menos, dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo<sup>796</sup>.

## **4.- Internamientos**

### **4.1.- Internamiento psiquiátrico.**

#### **4.1.1. El adulto enajenado**

El concepto de enajenado aparece en constante desarrollo como consecuencia de los estudios en los diferentes ámbitos, principalmente la psiquiatría. Encontrándonos con la evolución que ha sufrido la terapia correspondiente en cada caso, así como el trato y consideración que ha resultado del cambio de comprensión y actitud por parte de la sociedad en su conjunto, hacia las enfermedades mentales.

La legislación actual sustituyó el término enajenado por el de persona con anomalía o alteración psíquica. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud ha rechazado el uso del sustantivo “enfermedad” para adoptar el de trastorno mental.

Las dos clasificaciones internacionales; CIE-10<sup>797</sup> y el DSM-V<sup>798</sup>, definen el trastorno mental como conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfieren en el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración<sup>799</sup>.

---

<sup>796</sup> Artículo 527.3 LECR.

<sup>797</sup> Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud, de la OMS.

<sup>798</sup> Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, de la Asociación Americana de Psiquiatría.

<sup>799</sup> Añadiendo la CIE-10 que la desviación social o el conflicto, tomado aisladamente y sin estar ligados a disfunciones personales, no debería incluirse en la noción de trastorno -OMS 1992-.

La detención de personas con evidentes síntomas externos de alteraciones susceptibles de generar riesgos, implicará el traslado a servicios sanitarios adecuados -siendo preferible, en caso de ser posible, que la ejecución de la detención se realice en presencia de éstos servicios- así como inmediata comunicación a la autoridad judicial.

Así pues, veamos cómo afecta ello a la imputabilidad. Su establecimiento, cuando hablamos del delito, se exige como requisito previo de la responsabilidad y la culpabilidad del sujeto. Su fundamento descansa en la libertad que tiene el sujeto para actuar libremente.

Nuestro CP no define positivamente la imputabilidad, sino que únicamente lo hace por vía de una interpretación contraria a partir del análisis de las causas concretas que determinan su exclusión, tal y como incluye en los supuestos de anomalía o alteración psíquica -artículo 20.1 CP-, intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia - artículo 20.2 CP-, o de alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia - artículo 20.3 CP-.

Afirma MUÑOZ CONDE<sup>800</sup> que la imputabilidad “es el conjunto de facultades mínimas que debe poseer un sujeto para ser declarado culpable. De la presencia de determinadas condiciones o de su ausencia parcial o total se deduce la responsabilidad y culpabilidad o la aplicación de

---

<sup>800</sup> MUÑOZ CONDE, G.; y HEREDIA F.: La imputabilidad en la perspectiva de la actual legislación, Revista Española de Medicina Legal, Volumen 44, 1985, páginas, 81 a 90.

circunstancias modificadoras de la responsabilidad, que de forma expresa están recogidas en los artículos 20 (eximentes)<sup>801</sup> y 21 CP (atenuantes)<sup>802</sup>.

El CP consagra una fórmula mixta, entre la psicología y la psiquiatría<sup>803</sup>, para su determinación. Se presume en toda persona mayor de edad, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, cuyo límite,

---

<sup>801</sup> Ciñéndonos al caso que nos ocupa “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º) El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (...). 2º) El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

<sup>802</sup> Entre las circunstancias atenuantes incluye “1ª) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2ª) La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el núm. 2º del art. anterior (...), 6ª) Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”

<sup>803</sup> La trascendencia de lo psíquico en el enjuiciamiento penal es puesta de manifiesto de forma clara en la STS de 18 de octubre de 1999, señalando que “como no podía ser menos, el mundo de la mente humana, amplio, ambiguo y hasta casi desconocido, incide de manera primordial en el Derecho Penal, por cuanto que siendo sinónima de entendimiento, intención propósito, voluntad, y finalmente, discernimiento, claro está que su estado normal o sus limitaciones han de jugar papel fundamental en todo lo que comporte enjuiciar la conducta a medio de responsabilidad penal, hoy más que nunca, sin perjuicio de lo cual también hay que señalar las distintas fluctuaciones que la doctrina científica o la postura del propio TS han venido sufriendo en una temática tan proclive a cambios, no precisamente coyunturales, por las dificultades que encuentra la patología, cual estudio genérico de las enfermedades en el diagnóstico primero y en el pronóstico después, para diferenciar la auténtica enfermedad mental de lo que, siendo también manifestación de anormalidad, solo se desenvuelve médicamente como simple síndrome o síntoma, cuando no como momentánea afección de órganos o funciones concretas”.

en la actualidad, se fija en los catorce años, sin perjuicio de que entre esa edad y los dieciocho se contemple un régimen especial para el tratamiento de esa responsabilidad<sup>804</sup>.

Para URRUELA MORA es preciso diferenciar entre la capacidad de comprender la ilicitud del hecho -parte integrante de la imputabilidad-, y el conocimiento de la ilicitud del hecho como elemento intelectual de la culpabilidad<sup>805</sup>.

Por último, advierte el TS que la inimputabilidad requiere no solo la existencia de una base patológica, independientemente de su gravedad, sino también de una proyección de los síntomas de la misma sobre las

---

<sup>804</sup> LORPM 5/2000.

<sup>805</sup> URRUELA MORA, A.: La culpabilidad como elemento dogmático en el marco de la teoría del delito, Comares, Granada, 2004, página 167.

facultades psíquicas, anulándolas por completo<sup>806</sup>. En esta misma línea se sitúa LÓPEZ MARTÍNEZ<sup>807</sup>.

Las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal se contienen en el artículo 20 CP<sup>808</sup>, del que nos ocupamos seguidamente.

En su apartado primero se dispone que “el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no

---

<sup>806</sup> Así lo declara la STS de 11 de octubre de 2005 refiere que: “en todo caso, no parece ocioso señalar que, como ya argumentaba la sentencia de esta Sala del TS de 3 de mayo de 1995 la determinación de la capacidad de culpabilidad se lleva a cabo mediante una división de tareas entre los peritos y los jueces, en la que aquellos determinan los aspectos biológico-psicológicos, mientras estos valoran las consecuencias para la capacidad de comprender y de dirigir las acciones” (...) “ello solo es correcto si lo que se pretende es formular un juicio sobre la libertad de la voluntad de un sujeto”... Añade más adelante que “el juicio correspondiente, por lo tanto, se debe llevar a cabo mediante un método comparativo que partirá de la comprobación del grado de relevancia de la enfermedad mental, para establecer luego si es posible afirmar en el caso una modificación profunda de la personalidad que supere los límites de la normalidad y que, a su vez, haya afectado la capacidad de obrar con sentido. De la existencia de la perturbación producida por una enfermedad mental deducimos, calladamente, la incapacidad de actuar según la comprensión, teniendo en cuenta el grado de la perturbación”. Concluye al respecto que “la opinión dominante sostiene, en este sentido, que la capacidad de culpabilidad se debe excluir cuando la perturbación producida por enfermedad mental tenga una intensidad considerable. Por el contrario, la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad no requiere una eliminación completa de la voluntad, pues si ello ocurriera, en realidad, se excluiría la acción, que requiere, en todo caso, un comportamiento voluntario”.

<sup>807</sup> LÓPEZ MARTÍNEZ, M. P.: Internados Psiquiátricos por razón penal: análisis clínico y forense de los patrones de respuesta, Facultad de Derechos, Universidad de Murcia, 2015, páginas 55.

<sup>808</sup> Los tres primeros apartados de dicho precepto contienen las denominadas “eximentes de carácter psíquico” aunque, también merece la calificación, aunque en forma matizada, la circunstancia del “miedo insuperable”.

pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Se trata de dos supuestos diferentes; el del trastorno psíquico crónico, es decir, duradero en el tiempo o de carácter permanente, y el agudo, de naturaleza transitoria. Siendo lo determinante, la exigencia del “efecto psicológico” de la anulación completa de las facultades de comprender, en este sentido se ha pronunciado el TS<sup>809</sup>. Respecto del trastorno mental transitorio se define como la posibilidad de que la perturbación mental pueda ser delimitada claramente entre dos momentos, el de comienzo y la determinación, constituyendo un episodio pasajero tras el cual el sujeto vuelve a ser el que era antes, sin que sea previsible una posible reaparición espontánea sin nuevo estímulo externo. También se recoge en el artículo 20. 1º CP, pero la Ley lo delimita en sus dos tipos, de tipo completo, en el artículo. 20 CP. y el incompleto en el artículo 21 CP. Para que cause efecto de eximente es necesario que no haya sido provocado por el sujeto a propósito con el fin de cometer un delito.

---

<sup>809</sup> Según la STS de 4 de febrero de 2000 “el art. 20.1 del CP vigente, introduce modificaciones sustanciales respecto al texto del antiguo número 1.º del art. 8 del CP de 1973, ya que el término “enajenado” ha sido sustituido por la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica” (...). Y esta modificación al ampliar el ámbito del Código derogado, determina el que “cualquier anomalía o alteración psíquica”, abarque no solo las enfermedades mentales en sentido estricto, como venía entendiendo la Jurisprudencia al interpretar el concepto “enajenación”, sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad. Ambas pueden servir de base, conforme al CP, para la apreciación de esta causa de exención, siempre que produzca el mismo efecto psicológico, cual es, que, en el momento de la comisión del hecho delictivo, el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

En el apartado segundo, establece que “el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Son dos, por tanto, las categorías diagnósticas que, en esta ocasión, excluyen la referida responsabilidad, y ambas tiene el carácter de “agudas” o temporales y transitorias: la intoxicación y el síndrome de abstinencia<sup>810</sup>.

Y, en su apartado tercero se refiere a las “alteraciones de la percepción”. Es decir, ha de partirse del defecto sensorial o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, sin que pueda descartarse por completo, lo que será cuestión de prueba más exhaustiva, que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad. Lo importante será no olvidar que

---

<sup>810</sup> Según el TS, para la consideración de la drogodependencia como circunstancia que modifica la responsabilidad criminal, se requiere su plena acreditación, por lo que la mera alegación del consumo, aunque sea habitual, no constituye fundamento suficiente para ser tenida en cuenta, por lo que hay que constatar la influencia de la sustancia en las facultades intelectivas y volitivas del individuo. Según establece entre otras las STS de 16 de octubre de 2000, de 25 de abril de 2001 y de 12 de julio de 2002. También se debe valorar la situación concreta del individuo en el concreto momento en el que actúa, tal y como refiere la STS de 15 de noviembre de 2000.



en base a esa anomalía ha de originarse una grave alteración de la conciencia de la realidad<sup>811</sup>.

Nos encontramos, por consiguiente, ante una causa de inimputabilidad que requiere dos elementos: la base patológica y la repercusión psicológica.

Sobre la base patológica, ha de partirse del defecto sensorial o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, sin que pueda descartarse por completo, lo que será cuestión de prueba más exhaustiva, que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad. Lo importante será no olvidar que en base a esa anomalía ha de originarse una grave alteración de la conciencia de la realidad.

Y, en cuanto a la repercusión psicológica, se trata de una grave alteración de la conciencia de la realidad derivada de lo anterior. En este aspecto, el TS señala que: "(...) lo relevante de esta circunstancia viene dado por la "carencia de aptitudes críticas" para desenvolverse u orientarse moralmente en la convivencia de los demás, que puede padecer el hombre como consecuencia de la ocasional incomunicación en que se ha

---

<sup>811</sup> Más adelante, la STS de 6 de febrero de 2001, fija su atención, exclusivamente, en las alusiones a la necesidad de concurrencia imprescindible del defecto sensorial, para concluir destacando la diferencia entre este y las deficiencias en la percepción de la realidad derivada de otras causas de "...raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos...", que deben encontrar más adecuada acogida en la amplia formulación del número 1.º del art. 20 CP o, en su caso, en el número 2.º de ese mismo precepto.

encontrado desde su nacimiento o desde la infancia con respecto al entorno social”<sup>812</sup>.

MARTÍNEZ PEREDA sostiene que esa “grave alteración de la conciencia de la realidad”, a que el precepto alude, “equivale, en el contexto de esta eximente, a erróneo o distorsionado concepto de los elementos vigentes”. Por consiguiente, el sujeto estaría incapacitado para reconocer el sentido antijurídico de sus actos, ya que esta circunstancia afectaría esencialmente, en el aspecto psicológico, a las facultades “cognoscitivas” del individuo, más que a las “volitivas”, aunque, de acuerdo con la tesis expansiva ya examinada, se ha llegado a sostener que también puede integrar ese efecto “psicológico” una “ausencia de integración social”, derivada de la incomunicación y aislamiento del individuo<sup>813</sup>.

#### **4.2.2.- El menor enajenado**

Resulta evidente que cualquier medida de internamiento<sup>814</sup> implica una privación de la libertad personal del menor, por lo que deberá tenerse en cuenta en todo momento que en el ámbito penal prima el fin constitucional de la reeducación y, por tanto, la reinserción que regula el artículo 25.2 CE<sup>815</sup>.

---

<sup>812</sup> STS de 20 de abril de 1987.

<sup>813</sup> MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: La imputabilidad, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, 1996, págs. 1608-1616.

<sup>814</sup> VALBUENA GARCÍA sostiene que el internamiento provisional del menor puede definirse como, “un despojo cautelar de su libertad, por un determinado período de tiempo, con el fin de garantizar tanto su disponibilidad a las necesidades del proceso, como la efectividad de la ejecución del fallo”. VALBUENA GARCÍA. E.: Medidas Cautelares...op. cit., página 211.

<sup>815</sup> Artículo 25.2 CE. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará

De encontrarse en estado de enajenación mental o en cualquier otra situación de posible exención de responsabilidad <sup>816</sup> se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor, consultando al Fiscal de la Sección de Menores competente.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, establece en el apartado segundo de la Exposición de Motivos que en el caso del internamiento del menor en un centro psiquiátrico y “(...) con el objeto de que se realice con las máximas garantías por tratarse de un menor de edad, se somete a autorización judicial previa y a las reglas del artículo 211 CC, sin embargo, dicho precepto fue derogado por la LEC y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico se regula ahora en el Artículo 763 LEC, y, con carácter general, está regulada la posibilidad de adoptar de inmediato cualquier medida protectora en las situaciones de riesgo y dificultad social por parte de entidades públicas<sup>817</sup>. En este último supuesto, si surgen reclamaciones

---

de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

<sup>816</sup> Anomalía o alteración psíquica que impida comprender la ilicitud del hecho, trastorno mental transitorio, intoxicación alcohólica, drogodependencia, síndrome de abstinencia u otra alteración grave de la conciencia de la realidad.

<sup>817</sup> Artículos 14 y 17 de la ley 1/1996 LOPJM. Ambos preceptos fueron modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Artículo 14 LOPJM “las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponden a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor, prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo

frente a las decisiones de dichos entes públicos se aplicarán las normas de competencia jurisdiccional.

En relación con todo lo anterior, el artículo 101 CP<sup>818</sup> establece que, en caso de que fuera necesario, a estas personas se les podrá imponer una medida de seguridad privativa de libertad, que consiste en el internamiento en un establecimiento de educación especial, o en un centro médico adecuado al trastorno mental que se aprecie.

La LOPJM dispone un tipo de internamiento terapéutico<sup>819</sup>. En centros en los que se llevarán a cabo una serie de prestaciones educativas especializadas, enfocadas a personas que sufran algún tipo de dependencia como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas, consumo de drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o algún tipo de anomalías o alteraciones psíquicas, o en la percepción que determinen una grave alteración de la conciencia de la realidad.

En cuanto al tipo de centro en el que puede internarse al menor, ya advertía GARCÍA MORILLO la importancia de que “deberá tratarse de un

---

simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Artículo 17 LOPJM dedicado a las actuaciones en situaciones de riesgo.

<sup>818</sup> Artículo 101 CP. 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

<sup>819</sup> En las situaciones de: régimen cerrado, semi-abierto o abierto.

centro que reúna las características adecuadas a la edad y circunstancias formativas del menor”<sup>820</sup>. El internado deberá permanecer en instalaciones especiales, no de forma conjunta con los detenidos mayores de edad.

Igualmente, el artículo 17.6 LO 5/2000 posibilita la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*, por parte del menor, -sin perjuicio del derecho que también poseen los familiares, el Ministerio Fiscal o el representante legal - siendo el Fiscal y el Juzgado competente, informados de ello por parte de los agentes actuantes de la solicitud de dicho procedimiento. En esta línea se mantiene la mayoría de la doctrina<sup>821</sup>.

Al respecto, ya expresó su postura el TC señalando que “el *status libertatis* del menor esta contextualizado en virtud de su minoría de edad, por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra, el permanecer en compañía del titular de dicha potestad, y que la situación de permanencia del menor en un centro, no presenta ninguna connotación objetiva de afectación a su derecho a la libertad personal, ya que es una mera consecuencia necesaria e inherente al ejercicio del acogimiento cautelar por parte de la Entidad Pública correspondiente”.

Continúa el TC indicando que “la estancia de un menor en un centro dependiente de los servicios de asistencia a los menores, provocados por acuerdos administrativos, no pueden recibir una valoración unívoca en cuanto a su eventual calificación como restrictivas o privativas de libertad. Se atenderá pues, a los supuestos de cada caso en particular, teniendo en consideración que pueden presentarse casos de urgencia en que la

---

<sup>820</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad...op. cit., páginas 165 y 166.

<sup>821</sup> Por todos GUDE FERNÁNDEZ, quien señala que “bien por parte del propio menor de edad, o por cualquier otro legitimado por la LO 6/84 del procedimiento de *habeas corpus*, podrían instar el correspondiente procedimiento”.

administración o el Ministerio Fiscal pueden acordar el ingreso del menor sin previa autorización judicial”<sup>822</sup>.

Por consiguiente, el internamiento constituye una medida terapéutica de carácter extraordinario, realizado generalmente por indicación clínica, que precisamente por afectar a la libertad personal exige el control judicial.

Evidentemente, respecto de los tipos de internamientos psiquiátricos, nos ocuparemos exclusivamente del no consentido o compulsivo, en atención a su desestabilización psíquica que implica una situación de peligro real para los demás y para sí mismo.

Resulta determinante el artículo 763, cuando en su apartado 1 dispone que el internamiento por razón de un trastorno psíquico de una persona, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada, por lo tanto, se incluyen dos supuestos de internamiento<sup>823</sup> de personas que sufren un trastorno mental, y son: el

---

<sup>822</sup> STC 94/2003, de 19 de mayo de 2003, Fundamento Jurídico 6.

<sup>823</sup> Como es sabido, el internamiento del menor se diferencia de la detención de éste, entre otros aspectos, en que la duración de su detención, será la estrictamente requerida para la realización de las investigaciones necesarias, que no podrán, en modo alguno, superar las veinticuatro horas, periodo de tiempo en el que habrá de ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, el cual deberá resolver en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento de la detención, disponiendo la libertad, el inicio del correspondiente expediente, o el desistimiento del procedimiento de *habeas corpus* si se hubiese solicitado. La LOPJM 5/2000, exige que el internamiento del menor tendrá que cubrir las garantías de toda detención, especificando en su artículo 7, la existencia de los siguientes tipos de internamientos: -Régimen cerrado para personas que vivan en el centro de reclusión y realicen actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

urgente y el ordinario. El ordinario requiere autorización judicial previa, sin perjuicio de dicha decisión judicial sea confirmada por el criterio pericial del especialista correspondiente a través de sus informes. El urgente se realiza de manera inmediata y de forma independiente, atendiendo al hecho de que el trastorno mental sea permanente o temporal, está destinado a personas que no sean capaces de decidirlo por sí mismos -763.1 LEC-.

Es necesario advertir que respecto de la legalidad del artículo 763 LECR, el TC a través de su sentencia 132/2010, declaró la inconstitucionalidad de dos párrafos del primer apartado del artículo 763 LECR, señalando que, el citado precepto, regula una materia reservada exclusivamente a una ley orgánica<sup>824</sup>. Del análisis de su relación con los artículos 17.1 y 81.1 CE, se destacó la vulneración del artículo 81.2 CE. El TC concretó que la declaración de inconstitucionalidad, no significaba la declaración de nulidad del artículo 763 LECR, dado que crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime si no se ha cuestionado su contenido material. La decisión citada puso de manifiesto la infracción al principio de reserva de Ley Orgánica<sup>825</sup>.

Está dirigido tanto a mayores de edad como a menores de dieciséis años (límite para la mayoría de edad a los efectos de su autonomía como pacientes) como a menores<sup>826</sup> e incapaces<sup>827</sup>, respecto de los cuales, resulta oportuno señalar que la simple autorización de sus padres o tutores

---

-Régimen semi-abierto, para aquellos que vivan en el centro de internamiento, pero que puedan desarrollar algunas de las anteriores actividades fuera del centro.

-Régimen abierto, enfocado a personas que realizarán las actividades en servicios normalizados del entorno, considerando el centro como domicilio habitual.

<sup>824</sup> STC 129/1999, de 1 de julio, Fundamento Jurídico 2.

<sup>825</sup> STC 132/2010, de 2 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>826</sup> En el internamiento ordinario de menores será necesario que el establecimiento sea adecuado a su edad -763.2 LEC-.

<sup>827</sup> En el internamiento ordinario de los incapaces será en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial –artículo 271.1 CC-.

no será suficiente para su internamiento, por lo que precisará de la correspondiente autorización judicial.

En el caso de que la persona que sufra un trastorno mental sea un menor de edad, y se esté planteando la aplicación de la medida de internamiento sobre su persona, el artículo 763.2 LEC dispone que deberá realizarse en un centro de salud mental apto para su edad, añadiendo que será necesario que los servicios de asistencia al menor realicen previamente un informe sobre éste.

El requerimiento a la imprescindible autorización judicial, tiene una excepción, que se presentará cuando existan motivos de urgencia que conviertan en inmediata y necesaria la adopción del internamiento. En este supuesto, será la correspondiente autoridad administrativa la que estará obligada a poner en conocimiento de la autoridad judicial el internamiento - en los mismos plazos que hemos señalado *ut supra*- en el periodo de tiempo de las primeras veinticuatro horas. Dicha medida habrá de ser ratificada en las siguientes setenta y dos horas, por parte de la autoridad judicial competente del lugar en el que se encuentre el centro donde se encuentre internado el sujeto adulto.

Respecto de la intervención de las FCSE, MARTÍN GÓMEZ afirma que la actuación del agente de policía, se limita al apoyo a los especialistas técnico-sanitarios que requieran su presencia cuando el estado del paciente haga previsible un riesgo para sí mismo, sus bienes, terceras personas, bienes materiales de los demás, exista una negativa violenta del paciente para ser valorado o trasladado o, por último, peligro inminente para él o terceras personas.

Entendemos que los principales problemas, desde la perspectiva policial, surgen porque los funcionarios policiales no están para suplir las carencias del personal y de medios de la Administración sanitaria, como a



veces se pretende. En esta línea, señala MARTÍN GÓMEZ que sólo deberían actuar cuando exista una negativa violenta del paciente o peligro inminente para él mismo o terceras personas<sup>828</sup>.

Por su parte, el artículo 5.1.e) CEDH también se refiere a que uno de los posibles casos previstos es la “privación de libertad, conforme a derecho, de un enajenado”, estableciendo los siguientes requisitos: se requiere la existencia contrastada de una perturbación que aconseje dicho internamiento, siendo imprescindible el informe del facultativo tras la correspondiente exploración. Concurriendo una relación directa entre la duración del trastorno sufrido y la permanencia de la medida de internamiento<sup>829</sup>.

El TEDH ha declarado que “no se puede internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas predominantes en determinada sociedad (...), porque ello, desconocería la importancia del derecho a la libertad, en una sociedad democrática”<sup>830</sup>.

La legalidad del internamiento, estará sujeta a que esté efectivamente indicada y sea imprescindible. Y continúa señalando dicho Tribunal en cuanto al centro en el que se interne al sujeto, que “deberá tratarse de una institución adecuada a dicho fin, bien sea hospital, centro clínico o instituciones similares”<sup>831</sup>.

---

<sup>828</sup> MARTÍN GÓMEZ, J.: Detención policial y *habeas corpus*, editorial Lerko Print S.A., Madrid, 2010, página 287.

<sup>829</sup> SSTEDH de 12 de junio de 2003, y 2 de octubre de 2012,

<sup>830</sup> TEDH Asunto Winterwerp, Sentencia de 24 de octubre de 1979.

<sup>831</sup> STEDH Asunto Ashingdane v. Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 1985; Asunto Aerts v. Bélgica, Sentencia de 30 de julio de 1998; Asunto Hutchinson Reid v. el Reino Unido, Sentencia de 20 de febrero de 2003, Asunto LB v. Bélgica de 2 de octubre de 2012.

Por lo que respecta a la intervención judicial, el propio TEDH declaró en 2010 la exigencia de forma absoluta y en todo momento, “la correspondiente motivación en todas aquellas resoluciones que, por parte de la autoridad judicial, se adopten”<sup>832</sup>.

#### **4.2.- Internamiento por enfermedad infecto-contagiosa**

La hospitalización se encuentra entre las medidas que las autoridades sanitarias pueden adoptar cuando existe un peligro para la salud de la población ocasionado por la posible transmisión de una enfermedad contagiosa. De todas las medidas posibles, es la que mayor incidencia tiene en la libertad personal. La confrontación se produce entre el interés general y el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE. Sin embargo, en el supuesto de la obligatoriedad de la vacunación, la controversia tiene lugar entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física -artículo 15 CE-. Circunstancia que veremos en el último punto de este apartado, dada su actualidad, aunque de forma muy sucinta, puesto que excede del objetivo de nuestro estudio

Respecto del régimen jurídico que le afecta diremos que la LOMESP 3/1986<sup>833</sup>, permite que las autoridades gubernamentales puedan cumplir

---

<sup>832</sup> TEDH Asunto Amelia Bergillos Moreton v. España, Sentencia de 23 de marzo de 2010.

<sup>833</sup> El artículo 1 LOMESP dispone que la limitación de la libertad se acuerda “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro”, y continúa disponiendo en su artículo 2 que las autoridades sanitarias podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de un peligro para la salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolla una actividad. Por lo tanto, debe entenderse que la causa de la adopción de las medidas necesarias, es la posibilidad cierta de que pueda producir un grave contagio.

con su obligación de velar por la salud pública <sup>834</sup>, disponiendo las necesarias medidas preventivas, de asistencias y servicios necesarios, ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 43.2 CE<sup>835</sup>.

En aras a su preservación, cuando situaciones sanitarias de carácter excepcional o condiciones de especial emergencia o necesidad así lo requieran y la constatación científica así lo respalde. Las autoridades

---

<sup>834</sup> Será prestación de salud pública, a tenor del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad en el Sistema Nacional de Salud, el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones Públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, señalando en el apartado dos una serie de actuaciones entre las que destacan, en atención al objeto de la comunicación, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud y la prevención de las enfermedades y de las deficiencias.

<sup>835</sup> Artículo 43 CE. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Reconoce por lo tanto el derecho a la protección de la salud tanto en su vertiente individual, es decir el derecho de cada persona a la protección de su salud, como en su vertiente colectiva, como un derecho de la colectividad. En relación con el derecho a la protección de la salud en España y en el ámbito del Derecho comparado, véase PERMÁN GAVÍN, J.: Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", Derecho y Salud, volumen 16, número extraordinario, noviembre de 2008, páginas. 29 a 62.

sanitarias estarán capacitadas<sup>836</sup> para adoptar aquellas intervenciones específicas o medidas excepcionales que estimen oportunas<sup>837</sup>.

Por lo tanto, el riesgo para la salud pública puede operar como un límite del consentimiento informado del sujeto<sup>838</sup>. En la actualidad, la Ley 41/2002, en su artículo 9.2 a) dispone que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”<sup>839</sup>.

---

<sup>836</sup> De ese modo, el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone la posibilidad de que, por las autoridades sanitarias se adopten las medidas preventivas pertinentes ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, siempre con respeto a una serie de principios relacionados en el artículo 28 de dicha Ley. Preferencia de la colaboración voluntaria; medidas que no representen riesgo para la vida, proporcionalidad entre las limitaciones y los fines perseguidos, menor lesividad al principio de libre circulación de personas.

<sup>837</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública de conformidad con lo previsto en la Disposición final segunda apartado tercero, así lo incluyo en la prestación de salud pública.

<sup>838</sup> Esta posibilidad ya se establecía en el artículo 10.6 de la LGS. Con posterioridad, el citado apartado fue derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,

<sup>839</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En relación con las medidas que se adopten<sup>840</sup> para preservar la salud pública serán de conformidad con el artículo 1 LOMESP<sup>841</sup>. Y, en todo caso, se tomarán cuando se presuma la existencia de peligro para la salud de la población –artículo 2 LOMESP-, pudiendo por tanto adoptar medidas oportunas para el control de los enfermos, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo transmisible –artículo 3-.

En cuanto a la competencia, la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública o impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental<sup>842</sup> corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo<sup>843</sup>. Es el artículo 8.6, párrafo segundo, de la Ley

---

<sup>840</sup> El artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública requiere la previa audiencia de los interesados, quedando exceptuados los casos de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población. Y proclama que la duración no exceda del tiempo exigido por la situación de riesgo que la motivó, y el respeto al principio de proporcionalidad.

<sup>841</sup> Ley Orgánica 3/1986 LOMESP, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, cuyo artículo 1 dispone que “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

<sup>842</sup> Estamos con NARVÁEZ RODRÍGUEZ cuando advierte que al utilizar el término genérico libertad no indica si se refiere en exclusiva a la libertad personal del artículo 17 CE, o también a la de circulación -artículo 19 CE- o, incluso a la de expresión y de información - artículo 20 “y que pueden guardar relación con la finalizada perseguida por este apartado”. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “la limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias, Revista Aranzadi Doctrinal nº 6/2009, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

<sup>843</sup> En virtud del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. el cual no se introduce tras la aprobación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su disposición adicional decimocuarta apartado dos.

29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>844</sup>, el que reconoce que, corresponderá a dichos Juzgados, la autorización o ratificación judicial de las medidas que, las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e, impliquen afectación de la libertad u otro derecho fundamental.

Sobre dicha competencia, y ante la extrema urgencia que algunos supuestos pudiesen requerir, es oportuno señalar que en atención al Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, dispone en el artículo 42.5<sup>845</sup> que confiere al Juzgado que se encuentre de guardia, en cometido de sustitución, el conocimiento de las actuaciones urgentes e inaplazables.

---

<sup>844</sup> El artículo 8.6, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que “conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

<sup>845</sup> Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Artículo 42.5 “el Juez que en cada circunscripción judicial desempeñe el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de aquellas actuaciones urgentes que el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye a los Jueces Decanos, así como las de igual naturaleza propias de la oficina del Registro Civil y las que asigna a los Juzgados

Sin embargo, la ley no establece el tipo o el modo en que debe ratificarse o autorizarse<sup>846</sup>. En relación con la pandemia COVID-19, entendemos que la adopción de medidas para proteger la salud pública se dirige a una pluralidad de personas, por lo que la ratificación o autorización judicial resulta más complicada, precisamente por su indeterminación. En tal caso, cuando un sujeto concreto se resista a seguir dichas medidas sanitarias, es cuando será necesaria la imposición coactiva. Siendo en ése caso el Juzgado competente el que se encontrará ante la función de tutelar los derechos fundamentales, debiendo ponderar entre los intereses públicos y los derechos fundamentales y libertades públicas del particular.

En vista de lo anterior, como decíamos, no existe un procedimiento para el internamiento de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa<sup>847</sup>. Este vacío legal ha derivado en ocasiones en la aplicación analógica del procedimiento para el Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico recogido en el artículo 763 LEC. No obstante, mientras que el primer caso el objetivo es la protección de la salud en su vertiente colectiva, en el segundo lo es en su vertiente individual.

---

de lo Contencioso-Administrativo el segundo párrafo del apartado sexto del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siempre y cuando las mismas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia del órgano a que estuvieren encomendados tales cometidos. Realizada que sea la intervención procedente, se trasladará lo actuado al órgano competente o a la oficina de reparto, en su caso”.

<sup>846</sup> Nada más dice la legislación sobre ello. Si las repasamos cronológicamente, ni LOMESP 3/1986, de 14 de abril; la LGSa 14/1986, de 25 de abril, o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, se pronuncian al respecto. Tampoco en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación. Ni tan siquiera en Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

<sup>847</sup> Se encuentra además en el artículo CEDH, exigiendo el sometimiento al procedimiento que al efecto se establezca por Ley.

En cuanto a la ordenación que efectúa la LOMESP 3/1986, BANACLOCHE PALAO destaca que “en ella no se especifica, ni el contenido concreto de los sistemas de control, ni el órgano encargado de llevar a cabo la medida, ni la duración de ésta, ni el lugar de estancia del enfermo, ni los derechos que le corresponden, ni si es necesaria o no la comunicación o la autorización de la autoridad judicial para adoptar dicha medida”<sup>848</sup>.

Opinión que pone de relieve un hecho, puesto que dicha norma establece de forma expresa las exigencias necesarias para que pueda llevarse a cabo la privación de libertad personal. Es precisamente en ésta situación actual de pandemia -COVID 19-, en la que han quedado patentes las limitaciones legislativas en este tipo de situaciones. Es comprensible la excepcionalidad de estos supuestos, sin embargo, ello no justifica sus carencias legislativas.

Aunque la ley no dispone nada al respecto, el sentido común nos conduce a pensar que las autoridades sanitarias no practican la detención material del enfermo, sino que dicha actividad les corresponde a los agentes de las FCSE, que seguirán las indicaciones procedentes de las autoridades sanitarias.

Según considera GUDE FERNÁNDEZ “la medida de internamiento de un sujeto, puede producirse, no solo en los supuestos en que exista la enfermedad contagiosa, sino también, frente a la sospecha de que la situación se pueda producir”<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup> BANACLOCHE PALAO. J.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 438.

<sup>849</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido...op. cit., página 152.



Indudablemente, resulta necesario concluir que en el caso de que sea preciso elegir entre el derecho a la libertad personal y los derechos a la salud o la vida, es razonable que se incline por estas últimas. Ello como consecuencia de la finalidad establecida por la CE, que es buscar la protección de la salud y la vida de las personas.

No designa la norma jurídica, el emplazamiento en el que debería llevarse a efecto el internamiento del sujeto supuestamente enfermo, ni tampoco la duración que habría de tener dicha reclusión, ni siquiera, cuáles son los derechos que le asisten durante ese período de tiempo, por lo que resultan aplicables a estos supuestos, los mismos parámetros que han sido establecidos para los casos de internamiento de enajenados.

Por tanto, el lugar para el internamiento del sujeto infectado será el adecuado en cada caso, ello a partir del correspondiente informe del facultativo especialista, que tendrá carácter de prueba motivada, en la que se fundamentarán los datos respecto del diagnóstico realizado, y el tiempo estimado para su tratamiento, debiendo permanecer todo ello bajo la supervisión de la autoridad judicial, la cual será la que efectúe el control de la evidente privación de libertad ambulatoria.

Estos supuestos de internamiento determinan una privación legítima de libertad, de lo contrario, merecería una petición de *habeas corpus* por detención ilegal, en la medida en que no haya intervenido un juez en el internamiento<sup>850</sup>. En esta línea se manifiesta BANACLOCHE PALAO, a la que nos sumamos.

Su lugar, en la normativa internacional, se sitúa en el CEDH, concretamente en el artículo 5.1.e) el cual establece la posibilidad de que

---

<sup>850</sup> Nos sumamos a la postura mantenida por BANACLOCHE PALAO, J.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 462.

se prive de la libertad a toda persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa. Se trata de un supuesto que no ha sido especialmente tratado por el TEDH. Por lo tanto, permite el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa.

En definitiva, hay respaldo suficiente para afirmar la legalidad de dicho internamiento, no obstante, a nuestro juicio, constituye éste un supuesto mínimamente regulado. Es evidente que no se trata de situaciones habituales y probablemente ello haya motivado su escasa concreción en muchos de sus apartados. No obstante, no habría de constituir excusa alguna la excepcionalidad del supuesto.

En relación con la medida de vacunación, se trata de una situación distinta de la medida de hospitalización cuya adopción con carácter forzoso ampara la ley en el supuesto de que exista un peligro para la salud de la población.

Es evidente que se trata de una circunstancia que se encuentra en plena actualidad, cuya posibilidad de adopción con carácter obligatorio no se recoge de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

La utilización de esta medida solo será posible dentro de la LOMESP<sup>851</sup>, con el fin de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, siempre que lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

---

<sup>851</sup> RUIZ SÁENZ califica a la LOMESP 3/1986 como “una Ley que, pese a otorgar amplias facultades a las autoridades sanitarias para la adopción de medidas especiales en materia de salud pública, está repleta de conceptos jurídicos indeterminados y no ha sido desarrollada por un reglamento que recoja el procedimiento a seguir en la adopción de tales medidas”. RUIZ SÁENZ, A.: intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público *versus* derechos individuales, en revista Comunicaciones, Volumen 21, número 2, julio-diciembre, 2011, páginas 171 a 178, en página 173.

Resulta oportuno mencionar el caso resuelto por el Juzgado<sup>852</sup> de lo contencioso administrativo nº 5 de Granada, el cual ante la surgimiento de un foco de sarampión y previamente requerida la vacunación forzosa, por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, dispuso autorizar la vacunación obligatoria de 35 niños cuyos padres se negaban a que fuesen vacunados, amparando su resolución en la LOMESP.

Por lo tanto, vemos una colisión entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.

### **4.3.- Internamiento de extranjeros**

El artículo 62 de la LO 4/2000<sup>853</sup>, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece

---

<sup>852</sup> En su resolución, con fecha 24 de noviembre de 2010, el Juzgado fundamenta su decisión en la doctrina del TC que expone los requisitos necesarios para que la medida que afecta al derecho a la integridad física se encuentre constitucionalmente justificada, esto es: 1) que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal en (principio de legalidad); 3) que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; 4) que la resolución que la acuerde esté debidamente motivada; y 5) que la medida sea proporcional, de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A ello añade que “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” y que “la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante”.

<sup>853</sup> Artículo 62 LOEX. Ingreso en centros de internamiento. 1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez

---

de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes, y en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

4. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la LORPM y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar, y en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

que no es necesaria la aprobación del enfermo, ya que la medida de internamiento es decidida y llevada a cabo por la autoridad administrativa correspondiente.

Respecto de la normativa que les afecta, destacaremos la LO 4/2000, de 11 enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), la cual ha llevado a cabo el desarrollo del artículo 13.1 CE<sup>854</sup>, precepto que consagra las libertades públicas constitucionales y los derechos establecidos por los Tratados internacionales y por la ley. Se impone el criterio general de interpretación de igualdad de los extranjeros con los ciudadanos españoles en cuando a los derechos reconocidos en la referida LOEX, que a su vez fue modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, lo que ha significado una restricción del régimen jurídico de la cobertura de derechos por parte de los extranjeros, concretamente, sobre los que no disfruten de la correspondiente autorización de estancia o residencia.

Han existido modificaciones posteriores, que han afectado a la LOEX, como consecuencia de la entrada en vigor de las leyes orgánicas: LO 4/2003, de 20 de noviembre, y la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Si bien, centrando el contenido en el tema del presente estudio, debemos concretar que existe la posibilidad de internamiento como consecuencia de la detención, la duración tendrá una extensión máxima de sesenta días, de igual modo, concurre la sanción de expulsión del territorio español.

La LOEX tuvo en la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, su antecedente legislativo, la cual fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, por lo que el TC dictó sentencia 115/1987 en la que desestimó el citado recurso y señaló que la

---

<sup>854</sup> Artículo 13.1 CE. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en 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 tengan carácter penitenciario. Dando cuenta de tal medida al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.

Se trata, por tanto, de los extranjeros que se encuentran en situación irregular, sin ostentar las exigencias legales y, por ello, son retenidos por las autoridades competentes mientras se encuentran pendientes de expulsión. El TC entiende que no existe un único régimen jurídico para la situación en que estas personas se encuentran, sino varios, dependiendo de diversas circunstancias. Vemos, pues, que resulta imprescindible realizar un examen más detallado de cada supuesto.

Por una parte, la situación que sufren los extranjeros, en algunos casos, se califica como detención preventiva y como resultado de ello, los que se ven inmersos pueden disfrutar de los derechos del artículo 17.2 CE y de las garantías previstas en el artículo 17.4 CE.

De otro lado, los extranjeros instalados en la zona de tránsito o sala de rechazados de los aeropuertos españoles y pendientes de la expulsión a su país, impidiéndoseles entrar en España tras desembarcar del avión por carecer de documentación, el TC resolvió afirmando que nunca habían sido detenidos<sup>855</sup>.

La situación también puede ser diferente en atención a los diversos motivos que la provocaron. A este respecto manifestó el TC en su sentencia

---

<sup>855</sup> Auto del TC 55/1996, de 6 de marzo de 1996

174/1999<sup>856</sup>, que la situación de compulsión personal identificable, en quien se encuentra en una sala de rechazados, puede ser en ocasiones calificable como detención preventiva, y por tanto, reconducible al ámbito de las garantías del artículo 17.2 CE.

Según mantiene el TC, la inexistencia de orden de expulsión o devolución es determinante para la calificación de la situación como detención preventiva. Declara el TC que si a la situación de compulsión personal, en la zona de rechazados, no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad<sup>857</sup>.

La misma sentencia 174/1999 continúa diciendo que la situación jurídica de ejecución forzosa de una orden de devolución, legitima un estado de compulsión en la zona de rechazados de un aeropuerto, pero no excluye por sí y *ad limine litis* el procedimiento de *habeas corpus*; sino que el Juez deberá comprobar si existe propiamente una orden de devolución, examinando en ese caso las circunstancias previas de detención o si, por no concurrir aquella resolución administrativa se trata simplemente de una situación de detención preventiva.

Por lo tanto, el TC subraya que el internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, puede ser interpretado de conformidad con lo establecido en la Constitución Española. El Alto Tribunal reconoce que la medida de internamiento tiene diferencias importantes con las detenciones de carácter penal, no solo en las circunstancias fácticas de su realización, sino en la distinta función que cumple la Administración en ambos supuestos. El término “interesar”, a criterio del TC, debe

---

<sup>856</sup> STC 174/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 2

<sup>857</sup> STC 174/1999, Fundamento Jurídico 4

considerarse como semejante a “solicitar” o “demandar”, del juez competente, la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más tiempo del periodo de las setenta y dos horas.

Hay que tener presente que hay una serie de garantías que se deben respetar, como, por ejemplo, el hecho de que sea el juez competente<sup>858</sup> el que decida la detención mediante resolución motivada, implicando una evidente garantía de que asiste al extranjero detenido, resolución en la que ha de constar el motivo de la expulsión, la situación legal y personal del extranjero, el mayor o menor riesgo de su fuga o cualquier otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión.

Igualmente, le asisten los derechos de defensa y la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*, en el plazo de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá del período establecido, en virtud de una resolución judicial<sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> Al respecto, señala el artículo 62 LOEX que, será el Juzgado competente, el encargado de valorar el riesgo de incomparecencia y las acciones del sujeto que puedan obstaculizar o impedir su posible expulsión. De igual modo, el juez comprobará que no haya tipo alguno de proceso administrativo o penal. Dicha disposición se dictará a través de Auto motivado, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al interesado.

<sup>859</sup> En cuanto a este lapso de tiempo, el TC con la doctrina que se desprende de sus sentencias; 12/1994, de 17 de enero; 21/1996, de 12 de febrero; 66/1996, de 16 de abril; y 174/1999, de 27 de septiembre, ha considerado que es al Juzgado de Instrucción competente del procedimiento de *habeas corpus*, al que le corresponde velar, desde un principio, por los derechos del extranjero, examinando aunque sea de manera provisional, los motivos fácticos que justifican la intervención administrativa, para la que se solicita su actuación. Siendo lo anterior, ciertamente, sin perjuicio del control de legalidad de la medida de expulsión que compete a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.



A tenor de lo regulado en el artículo 61 LOEX<sup>860</sup> en el mismo instante en que se proceda al inicio del procedimiento sancionador, que da lugar a la posible propuesta de la expulsión, el instructor tendrá la capacidad de adoptar medidas cautelares, con la exclusiva intención de garantizar la resolución final que pudiera dictarse. Una de las posibilidades es la contemplada en el apartado d) detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas previas a la solicitud de internamiento.

El internamiento, también se rige por el término “estrictamente necesario” para los fines del expediente, con un plazo máximo de sesenta días, no pudiendo decretarse un nuevo internamiento por alguna de los motivos previstas en idéntico expediente. Cualquier incumplimiento de los plazos establecidos posibilitará, obviamente, la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*.

Existe otro supuesto de internamiento que se plantea en los casos de prohibición de entrada en España, al no reunir el extranjero los requisitos

---

<sup>860</sup> Artículo 61. LO 4/2000. Medidas cautelares. 1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Residencia obligatoria en determinado lugar. c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas. e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente. 2. En los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

para el ingreso en territorio español. El artículo 26.2 LOEX exige que el extranjero está obligado a regresar a su lugar de procedencia. En este caso, la Autoridad gubernamental dictará una resolución en la que denegará la posibilidad de entrada y dispondrá las medidas para el abandono del territorio español en un plazo de tiempo que no superará las setenta y dos horas. De lo contrario el Juzgado competente decidirá el centro en el que el extranjero será internado, permaneciendo durante ese período de tiempo a disposición judicial.

En relación con lo anterior, el TC, en el Auto 55/1996<sup>861</sup> se pronunció en el sentido de que los extranjeros que permanecen en la zona de rechazados, tal estancia no debe considerarse como imputable a la Administración de fronteras, sino que depende de la disponibilidad de un vuelo que les facilite el regresar al punto de origen, lo que constituye un supuesto diferente de los casos en que proceden los derechos dispuestos en el artículo 17 CE<sup>862</sup>.

El Alto Tribunal <sup>863</sup> señaló que la intervención judicial, no solo controlará la pérdida de libertad personal, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando que la detención tenga el carácter de un internamiento arbitrario.

---

<sup>861</sup> ATC 55/1996, de 6 de marzo de 1996, Fundamento Jurídico 5.

<sup>862</sup> En posteriores resoluciones, el TC aprecia que, se requiere un análisis casuístico de las circunstancias que surgen a la permanencia obligatoria de cada persona en la “zona de rechazados” de un aeropuerto, no siendo posible un rechazo *ad limine litis* del procedimiento de habeas corpus, dado que la privación de la libertad ambulatoria podría ser, en ocasiones, calificada como una detención preventiva, y sería el Juzgado competente para el procedimiento de habeas corpus, el encargado de comprobar si existe debidamente una “orden de devolución”, o si, por el contrario, de no existir una resolución administrativa, nos encontraríamos con un supuesto de detención preventiva, susceptible de ser considerada ilegal.

<sup>863</sup> Según se dispone en su sentencia 96/1995, de 19 de junio, Fundamento Jurídico 3,

Por su parte, y en relación con lo anterior, el TEDH ha subrayado que toda persona privada de libertad personal, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y, por tanto, con unas garantías equiparables a las que existen en las detenciones en materia penal<sup>864</sup>.

En cuanto al posible carácter exhaustivo del conjunto de excepciones al derecho y a la libertad personal que recoge el artículo 5.1 CEDH es destacable la importancia de realizar una interpretación estricta de dicho precepto<sup>865</sup>.

El CEDH admite la posibilidad de llevar a cabo la detención o internamiento, tanto judicial como administrativa, en su artículo 5.1.f)<sup>866</sup>, siendo objeto de ello toda persona que se encuentre inmersa en un procedimiento de extradición o de expulsión.

No debe realizarse una interpretación en sentido amplio, de modo que puedan producirse detenciones arbitrarias. El TEDH calificó de ilícita la detención, en tanto se derive de una extradición disfrazada de expulsión<sup>867</sup>.

---

<sup>864</sup> En este sentido se pronunció el TEDH en el Asunto de Wilde, Ooms y Versyp v. Bélgica, Sentencia de 18 de junio de 1971,

<sup>865</sup> A este respecto, es relevante la sentencia del TEDH Asunto KF v. Alemania, Sentencia de 27 de septiembre de 1997, Recueil 1997-VII, página 2975.

<sup>866</sup> El artículo 5.1 CEDH dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

<sup>867</sup> Sobre la finalidad del artículo 5 CEDH, ver las siguientes sentencias: Asunto Bozano v. Francia, Sentencia de 18 de diciembre de 1986, y Asunto Chahal v. Reino Unido, Sentencia de 15 de noviembre de 1996.

A nuestro parecer, éste representa uno de los supuestos en nada excepcional.

Y, para concluir, diremos finalmente que, durante el internamiento de extranjeros en espera de la expulsión, el TEDH considera incluida la protección de otros derechos distintos a la libertad personal. Entiende el TEDH que el artículo 5.1.f) permite a un Estado, privar de su libertad a ciudadanos extranjeros que tengan intención de entrar de forma ilegal en su territorio, pero dicha privación de libertad deberá tener establecido un periodo de duración, dado que se convierte en una detención, si dicha restricción de libertad ambulatoria no reúne las condiciones que garanticen la protección de la dignidad de las personas<sup>868</sup>.

---

<sup>868</sup> TEDH. Asunto Riad y Idiab v. Bélgica, Sentencia del 24 de enero de 2008. Entendió el TEDH que a los demandantes se les infligió un alto sentimiento de angustia y humillación injustificada e innecesaria, previstos como tratos inhumanos y degradantes por el artículo 3 CEDH. “prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

## CAPÍTULO V

### LA DETENCIÓN ILEGAL COMETIDA POR FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU REFLEJO EN EL CÓDIGO PENAL

#### 1.- Introducción

Los delitos contra la libertad de la persona son recogidos en el Capítulo I, Título VI del Libro II del CP -en los artículos 163<sup>869</sup> y siguientes-, se trata de delitos comunes que se transforman en tipos cualificados cuando el actor ostenta la condición de funcionario público -artículo 167 CP-. No obstante, cuando éste sea el sujeto activo del tipo, la libertad personal también está protegida en el Sección 1ª, Capítulo V, Título XXI (en los artículos 530 y siguientes) bajo el epígrafe “delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual”.

Para la aplicación de dichos preceptos nos encontramos con dos dificultades: en primer lugar, la remisión que el artículo 167 CP hace al artículo 163 CP y, en segundo, determinar qué detenciones policiales ilegales han de integrarse en el artículo 167 CP o en el artículo 530 CP

---

<sup>869</sup> Artículo 163 CP.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.
3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.
4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

A primera vista, la jurisprudencia del TS ha extendido el ilícito penal del artículo 167.1 CP a los tipos penales del artículo 163.2 y 4 CP, derivación que, a tenor de la redacción de tales puntos, nos resulta dudosamente justificada.

A lo anterior, le añadimos que la distinción entre los tipos penales de los artículos 167 y 530 CP estriba esencialmente en la existencia de la denominada “causa por delito” -circunstancia que por sí sola implica un análisis mayor, a lo que debemos sumar que ambos delitos, pese a su posible similitud, no comparten en su totalidad el bien jurídico que protegen, así como una desigual penalidad, lo que complica la distinción entre ellos.

Estas circunstancias han dado lugar a una falta de uniformidad en la interpretación -de dichos tipos penales- efectuada por los Jueces y Tribunales y, por lo tanto, una aplicación dispar ante supuestos similares, entre los delitos de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, agentes de la autoridad y miembros de FCSE.

Veamos a continuación la estructura de los artículos en cuestión. Llevando a cabo un análisis que no pretenderá convertirse en una exégesis de tales preceptos –cuestión de la que la doctrina ya se ha ocupado- sino que enfocaremos nuestro trabajo en la interpretación jurisprudencial y en la aplicación práctica que se realiza en torno a dichos preceptos por parte de los Jueces y Tribunales.

Es decir, primeramente, expondremos los artículos 163, 167 y 530 CP, para posteriormente, revisar la vinculación penológica entre los artículos 163 y 167 CP y la aplicación que de dicha remisión hace el TS, y, finalmente concluir con la distinción entre los artículos 167 y 530 CP, y su reflejo en las resoluciones de dicho Tribunal.

## **2.- Artículo 163 CP. Tipo base de las detenciones ilegales cometidas por funcionario público. Revisión de los elementos típicos esenciales.**

Así pues, el apartado primero del artículo 163 CP es la base<sup>870</sup> sobre la que se sustentan los preceptos que recogen las detenciones ilegales. Representa el supuesto de hecho básico.

En palabras de RAMÓN RIBAS<sup>871</sup>, este artículo “es la figura central<sup>872</sup> de este grupo delictivo (detenciones ilegales) y todas las conductas tienen cabida en el referido artículo 163, cuyo tenor literal comprende toda privación de libertad, con independencia del tiempo de su duración practicada mediante encierro o detención”.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un delito complejo que se conforma con la privación de la libertad ambulatoria, se trata de un delito de acción, de resultado y de lesión. Implicando un delito grave, de comisión instantánea y efectos permanentes.

Si bien, como es sabido, un delito o es de acción, o de resultado. Ante esta contradicción debemos señalar que frente a la debatida cuestión acerca de si existe o no tentativa en este delito, el TS la admite, subrayando su especial naturaleza de consumación instantánea y efectos permanentes.

---

<sup>870</sup> Establece el artículo 163 CP el tipo básico, ya que el delito contemplado en el artículo 167 CP es un tipo cualificado de dicho precepto. Compone la referencia para todas las conductas recogidas y tipificadas en el resto de los artículos del Capítulo I del Título VI del CP, cuya rúbrica es “de las detenciones ilegales y secuestros”.

<sup>871</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas por funcionario público, editorial Tirant lo Blanch., Valencia 2019, página 33.

<sup>872</sup> Por todos, RAGUÉS Y VALLÉS, R.: Delitos contra la libertad. Lecciones de Derecho penal. Parte especial, primera edición. Editorial Atelier, Barcelona, 2006, página 80.

Al constituir un delito de resultado, es igualmente posible que tanto la tentativa acabada como la inacabada. No obstante, obviamente, cuando la liberación del sujeto se realiza pasado un cierto período de tiempo, el delito debe considerarse plenamente consumado, con independencia de que sean terceras personas, el propio sujeto detenido, o el autor del delito, los que pongan o faciliten la libertad.

Precisamente, la consumación instantánea es una de las características más acusadas del delito de detención ilegal cometida por funcionario público, sin embargo, sus efectos o carácter es permanente, no termina el estado antijurídico hasta que se produzca la liberación, amén de que los efectos que ello causa en la participación, por lo tanto, hasta que no finalice el estado antijurídico no comienza la prescripción del delito.

Señala el TS que “es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante”<sup>873</sup>.

---

<sup>873</sup> STS 812/2007, de 8 de octubre.

En relación con lo anterior y en idéntico sentido, se establecía en la STS 790/2007, de 8 de octubre, que “los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son encerrar y detener. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales, del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional, aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad.

En estos últimos términos se manifestó el TS en la sentencia de 28 de noviembre de 1994.



## 2.1.- Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es, lógicamente, la libertad personal<sup>874</sup>, como libertad potencial de movimiento<sup>875</sup> que tiene todo sujeto para establecer por sí misma su situación en el espacio físico, es decir, la capacidad para decidir en qué lugar queremos estar en cada momento

En los delitos relacionados con la libertad, es necesario que ésta se vea lesionada y que dicha lesión no constituya un medio necesario para atacar a otro bien jurídico protegido, dado que en tal supuesto el desvalor de la lesión a la libertad estará comprendido en el delito en cuestión.

En otras palabras, el bien jurídico protegido del artículo 163 CP, es la libertad para abandonar un lugar cuando se desee. Su correcta determinación nos permitirá establecer qué conductas serán constitutivas de una detención ilegal, distinguiéndolas, a su vez, de los delitos de amenazas y coacciones.

Únicamente cuando se impide, abandonar un lugar en el que el sujeto no quiere permanecer se estará consumando el tipo penal de detención ilegal.

---

<sup>874</sup> El TS advierte que la jurisprudencia ha venido entendiendo generalmente que la privación de libertad cuando es inherente o inseparable de otra acción delictiva principalmente proyectada y perseguida por el delincuente, no integra el delito de detención ilegal, STS 409/2006, de 13 de abril de 2006, Fundamento de Derecho 6.

<sup>875</sup> Sentencia 15/2006 de la Audiencia Provincial de Murcia, de 5 de abril de 2006.

## 2.2.- Figura delictiva básica. Conducta

Como decíamos antes, la acción reside en privar a la persona de la posibilidad de decidir dónde estar en cada momento. Siendo indiferentes las proporciones del espacio de reclusión o los medios utilizados.

En el artículo 163.1 CP se dispone que detendrá ilegalmente el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad resultando indiferente si el lugar resulta ser un bien mueble o inmueble. Por ello, respecto de la acción, surgen dos modalidades comisivas<sup>876</sup>.

Por una parte, se encuentra el término “encerrar”<sup>877</sup>, en el que surgen, a su vez, dos variantes; la primera, situar a la persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble<sup>878</sup>; y la segunda, privar a una persona de su libertad ambulatoria al tenerla dentro de los límites espaciales de largo, ancho y alto<sup>879</sup>. La variedad de medios o modos de ejecución la muestra el TS, al declarar que habrá encierro, cuando existan obstáculos o, incluso, cuando la víctima desconozca la existencia de otra salida<sup>880</sup>.

Resulta oportuno destacar en este punto, lo dicho por el TS respecto de la utilización, en la relación de los hechos (exposición del *factum*), por parte de los órganos jurisdiccionales, del término “encerrar”, puesto que ello ha sido esgrimido por las partes para poner en evidencia

---

<sup>876</sup> En este sentido se pronuncia el TS en su sentencia 1632//2002, de 9 de octubre de 2002.

<sup>877</sup> En el artículo 163 CP se disponen dos términos que proceden del Código Penal de 1848. MUÑOZ SÁNCHEZ.: El delito de detención, editorial Trotta, Madrid, 1992, página 107.

<sup>878</sup> STS 409/2006, de 13 de abril de 2006

<sup>879</sup> STS 799/1997, 6 de junio de 1997.

<sup>880</sup> STS de 17 de enero de 1961.

una posible predeterminación del fallo de la sentencia a dictar<sup>881</sup>. Sobre ello advierte el TS que “la expresión “encerrar” no constituye un concepto jurídico ajeno al lenguaje común y desde luego no todas las expresiones utilizadas por el Legislador alcanzan dicho rango”. Por lo que, por nuestra parte, entendemos que su uso no implica la constatación de un hecho con consecuencias jurídicas.

Por otra, el término “detener” implica la aprehensión del sujeto, privándole de la posibilidad de alejarse, transitar o dirigirse donde éste desee<sup>882</sup>. El término “aprehender” ha sido objeto de estudio por parte de POLAINO NAVARRETE, quien apunta que “según el Diccionario de la Real Academia, referida a una persona, la aprehensión consiste en cogerla, asirla, prenderla”<sup>883</sup>, y prosigue señalando que “interesa a este respecto consignar que efectivamente aprehender equivale, en la presente figura legal, al concepto normativo de privar de libertad, bien por encierro bien por detención”.

Así, “detener” supone impedir al sujeto moverse en un lugar abierto, admitiéndose para su ejecución cualquier medio, a través del uso de una

---

<sup>881</sup> Apunta el TS que la utilización de determinados términos en el apartado de Hechos Probados no implica “(...) predeterminación del fallo, concretamente, en relación con el sustrato fáctico del delito de detención ilegal, cuando el Tribunal emplea el término “encerrados” para aplicarlo a la situación en que quedaron las víctimas. La predeterminación del fallo relevante exige la sustitución de la descripción de los hechos por su síntesis jurídica de forma que no sea posible verificar el proceso de subsunción de aquéllos en la norma correspondiente al tipo penal. Ello no sucede en el presente caso por cuanto la expresión acotada no constituye un concepto jurídico ajeno al lenguaje común y desde luego no todas las expresiones utilizadas por el Legislador alcanzan dicho rango. El hecho probado se limita a describir lo acaecido”. STS 1564/2002, de 7 de octubre de 2002, Fundamento de Derecho 2.

<sup>882</sup> STS de 21 de septiembre de 1992.

<sup>883</sup> POLAINO NAVARRETE.: El delito de detención ilegal, editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, página 220.

actitud amenazante o engañando para ello a la víctima<sup>884</sup>. Existirá detención, incluso aunque la víctima esté deambulando, cuando ésta sea forzada y no sea consecuencia de su libre autodeterminación; por ejemplo, obligar a que la víctima acompañe al lugar que le imponga el sujeto activo del delito. Sin embargo, no será considerada detención la prohibición -por el sujeto activo- para el acceso a un determinado lugar, o imponer su desalojo o abandono. Estas últimas acciones podrían constituir un posible delito de coacciones<sup>885</sup>.

Profundizando en lo anterior, sostiene el TS que a tenor del principio de especialidad será aplicable el tipo de detención ilegal “cuando la acción de detener o encerrar implica no sólo un acto coactivo sino una agresión a un derecho fundamental de la persona como es impedirle la libertad ambulatoria. La detención ilegal puede ser una especie dentro del género de las coacciones, pero cuando concurre una de las modalidades comisivas de aquélla, detener o encerrar, el delito cometido será el primero, que además se consuma en el momento de la privación de libertad mediante el empleo de una de dichas formas, siendo nítida en este caso la distinción con el delito de coacciones. El relato histórico es abrumador en cuanto refleja diáfananamente la sustancia fáctica de la detención y encierro de las víctimas que se prolonga durante un lapso de tiempo cuya relevancia no deja resquicio a la duda sobre la comisión de los delitos de detención ilegal”<sup>886</sup>.

En consecuencia, del análisis de la jurisprudencia del TS, comprobamos que el término encerrar “supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto”, mientras que detener “implica también esa limitación funcional, aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de

---

<sup>884</sup> STS 1425/2005, de 12 de diciembre de 2005.

<sup>885</sup> STS 701/2003, de 16 de mayo de 2003.

<sup>886</sup> STS 1564/2002, de 7 de octubre de 2002, Fundamento de Derecho 19.

encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad”; y añade que el delito del artículo 163 CP –y también para el artículo 167 CP, añadimos nosotros– se proyecta desde tres perspectivas; pero sabemos que sirve del mismo modo para el artículo 167).

Señala el TS<sup>887</sup>, respecto de estos verbos nucleares del tipo de la detención ilegal del artículo 163 CP, que:

“en efecto, (...) son "encerrar" y "detener". En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional, aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994). Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad ambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal. 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia”.

---

<sup>887</sup> STS 1632/2002, de 9 de octubre de 2002, Fundamento jurídico 2.

En representación de una parte de la doctrina<sup>888</sup>; SERRANO GÓMEZ afirma que la conducta típica puede consistir en introducir a alguien en un lugar cerrado, como impedir que se mueva de un lugar abierto mediante cualquier medio adecuado a tal fin. Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS señala que el encierro y la detención no pueden admitirse para este tipo penal sin que transcurra cierto lapso de tiempo, a pesar de que la ley nada de ello especifique respecto a la detención, legalmente considerada instantánea; y en la misma línea VIVES ANTÓN considera que si la detención se admite como el privar de la capacidad de alejarse de un lugar, difícilmente puede entenderse como un delito de comisión instantánea, ya que una simple interrupción de la capacidad ambulatoria difícilmente puede ser considerada como una privación de la misma.

En definitiva, realizará la conducta típica, la persona que con dolo impide la deambulación de otra. Es decir, encerrar o detener, la realización de algunos de los hechos dispuestos en los artículos 163 a 166,

### **2.3.- Sujetos activos y pasivos**

Por lo que se refiere a los sujetos del tipo, el sujeto activo puede ser cualquier persona, todo aquél que encierre o detenga a otra persona privándole de su libertad personal. El tipo básico de detenciones ilegales podrá realizarlo el particular y el funcionario público que actúe como un particular, ya sea porque opera al margen de sus potestades, funciones o con objetivo ajeno a su cargo, porque si procedieran prevaliéndose de su función o cargo, nos encontraríamos ante la conducta prevista en el artículo 167 CP.

---

<sup>888</sup> ALONSO PÉREZ, F.: Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos ...op. cit., página 50.

Como desarrollaremos más adelante, no podrán ser sujetos activos de este delito los funcionarios públicos cuando efectúen una detención en el ejercicio de sus atribuciones, es decir, mediando causa por delito, o se violen las garantías constitucionales que deben respetarse en cualquier detención policial, en cuyo caso se aplicarán los delitos especiales dispuestos en los artículos 529 y siguientes del Código penal.

Es preciso destacar que el particular<sup>889</sup>, como sujeto activo, en atención a la LECR –artículos 490 y siguientes- puede detener poniendo inmediatamente a disposición judicial al detenido. Sin embargo, debemos tener presente que también se puede aplicar al funcionario público –al agente de la autoridad-<sup>890</sup>. Representa éste, un punto clave, en la remisión que el artículo 167.1 CP hace a la integración del tipo del artículo 163,4 CP, y que, desde nuestro punto de vista<sup>891</sup>, es una de las causas de la oscilante jurisprudencia del TS al respecto. Por lo que de éste asunto nos ocuparemos más ampliamente en las siguientes páginas.

---

<sup>889</sup> Pese a que *prima facie* podría considerarse como particular al agente de la autoridad que actúa fuera de servicio, ello no es aplicable a miembros de las FCSE que, estando fuera de servicio y de su jurisdicción, detienen para interrogar, sin la menor intención de trasladar al detenido ante la autoridad judicial. En este sentido se pronuncia el TS en su sentencia 209/2006, de 6 de marzo de 2006. Ello nos muestra que resulta relevante para dicha calificación, la naturaleza de la actuación o la utilización de su condición de agente de la autoridad para la ejecución de los hechos.

<sup>890</sup> STS 209/2006, de 6 de marzo de 2006.

<sup>891</sup> En realidad, somos nosotros los que nos sumamos a las posiciones mantenidas, primeramente, por BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales policiales, en Indret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2006. Y, posteriormente, en una línea similar, por JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación, Revistas@iutel.com, Revista General de Derecho Penal 27, Universidad de Valencia, Valencia 2017,

En cuanto al sujeto pasivo, igualmente podrá ser cualquier persona. Es el que tiene la voluntad de movimiento, la capacidad de decidir dónde desea estar en cada momento, quien tenga la voluntad potencial de movilidad, al tiempo que la capacidad necesaria para poder trasladarse por sus propios medios, en el caso de que sean personas menores de edad o que no tengan capacidad para decidir por sí mismos. La libertad personal en una condición inherente al ser humano, con independencia de su capacidad cognoscitiva, por lo tanto, incapaces y menores, serán también víctimas de este delito, lo contrario sería considerado inconstitucional. En estos supuestos, la pena a aplicar está agravada. En suma, será sujeto pasivo del delito de detención ilegal, cualquier persona física, excepto que su libertad personal esté especialmente protegida por la norma penal<sup>892</sup>.

#### **2.4.- Tipo atenuado y agravado**

Por su parte, el apartado segundo del artículo 163 CP establece que “si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto<sup>893</sup> que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado”.

---

<sup>892</sup> El artículo 487 CP que castiga con pena de prisión al que prive de libertad personal al Rey, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la corona.

<sup>893</sup> Resulta muy interesante, llegados a este punto, advertir sobre la distinción que ha de realizarse entre el objetivo de la detención y la condición del delito de secuestro. Esta última se relaciona con la actividad externa -que resulta ajena al sujeto pasivo-, mientras que el objetivo de la detención se sitúa en el ámbito interno de la detención ilegal, la cual, evidentemente, no tiene relevancia alguna, a nivel externo. En esta línea se manifiesta el autor DEL ROSAL BLASCO, B.: Derecho penal español, Parte especial, 2ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 185,



De la lectura de este punto, resulta evidente que la *ratio legis* de este apartado es que la atenuación proviene de motivaciones de orden político criminal<sup>894</sup>, para lo que se requiere el cese de la privación de libertad, como consecuencia de un acto propio y voluntario del sujeto activo. Con ello se premia una especie de arrepentimiento espontáneo. En este sentido se pronuncia el TS<sup>895</sup>.

Por lo que constituye un subtipo atenuado en el que se dispone una retractación, la cual exigirá los requisitos de que no se haya logrado el fin pretendido, ni la puesta en libertad haya sido por circunstancias ajenas al autor<sup>896</sup>. Obviamente, el tipo objetivo es la propia puesta en libertad -dentro de los setenta y dos horas previstas<sup>897</sup>-, la cual habrá de ser expresa, directa

---

<sup>894</sup> Según opina QUERALT JIMÉNEZ, dicha atenuación responde a la intención de “tender la mano al secuestrador con la rebaja de la pena para la libertad, la integridad y caso la vida del detenido dejen de correr peligro lo antes posible”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal español, Parte Especial, cuarta edición, editorial Atelier, Barcelona, 2002, página 181.

Opinión que compartimos, y a la que le añadimos que, a nuestro juicio, la principal motivación ha de ser en primer lugar, sin duda alguna, la vida y los derechos de la víctima, sin perjuicio de los intereses políticos criminales que se consideren respecto de los beneficios que obtenga el sujeto activo.

<sup>895</sup> La STS 1507/2005, de 9 de diciembre de 2005, señala en su Fundamento Jurídico 2 que para la aplicación del tipo atenuado del artículo 163.2 CP “que como tipo privilegiado se fundamente en premiar una especie de arrepentimiento en el hecho delictivo propiciando la libertad del detenido o facilitando su auto liberación sin riesgo para la víctima (SSTS, 1400/2003, de 28 de octubre y las que en la misma se citan)”.

<sup>896</sup> Existen autores que consideran este punto segundo como un caso singular de desistimiento que no podrá significar la impunidad de actor, puesto que se trata de un tipo de consumación permanente. Entre otros, mantiene esta postura QUERALT JIMÉNEZ, quien describe (muy gráficamente, en nuestra opinión) que el actor “de lo único que desiste es de continuar el delito”. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal español...op. cit., página 101.

<sup>897</sup> Sobre ello, ha señalado el TS en su sentencia 660/2003, de 5 de mayo de 2003 que, “no se considerará que ha existido liberación dentro de las 72 horas, si ésta se ha

e indudable. No obstante, también se cumplirá cuando la actuación de los autores posibiliten y faciliten tácitamente tal liberación<sup>898</sup>.

En lo que respecta al tercer punto del precepto que nos ocupa, en éste se establece que “se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días”. Se integra un tipo agravado<sup>899</sup>, en el que tal condición surge exclusivamente del plazo transcurrido, sin la exigencia de otros condicionantes objetivos o subjetivos.

Y, por último, el artículo 163.4 CP dispone “el particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Constituye un tipo penal privilegiado<sup>900</sup>, en el que su elemento subjetivo del injusto tiene previsto presentar al sujeto detenido ante la autoridad -judicial o, en su caso, poniéndolo a disposición de los agentes y miembros de las FCSE, que será lo más habitual-. A lo que ha de añadirse el hecho de que exista un absoluto convencimiento de la autoría, por parte del sujeto detenido, de la comisión de un delito<sup>901</sup>. De lo contrario estaríamos en el terreno reservado al artículo 163.1 o del 530 CP.

---

visto facilitada por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del autor y no existe una verdadera voluntad liberadora”.

<sup>898</sup> STS 119/2002, de 7 de febrero de 2005.

<sup>899</sup> Habrá de aplicarse el punto uno del artículo 163 CP, y no éste subtipo agravado, en los casos en que, a pesar de existir amenazas contra las víctimas, en el supuesto de que pretendiesen huir, hayan tenido cierta libertad suficiente para haber podido solicitar ayuda. En este sentido se pronunció el TS en su sentencia 594/2006, de 16 de mayo de 2006.

<sup>900</sup> Por ello, representa un beneficioso tratamiento, para el autor que, fuera de los casos permitidos por la ley, detenga o aprehenda a un sujeto con la intención de trasladarla de forma inmediata ante la autoridad judicial. STS 1585/2003, de 30 de octubre de 2003.

<sup>901</sup> Por todos, véase citamos a DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Comentarios al Código penal. Parte Especial, Volumen I, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, página 768.

## 2.5.- Causas de justificación

Su fundamentación reside en un encuentro de intereses. Aunque haya habido una lesión del bien jurídico protegido, se justifica tal conducta porque existe un interés de mayor valor

Las causas de justificación excluirán la antijuridicidad de la conducta, haciendo referencia a la legítima defensa<sup>902</sup>, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, y el ejercicio de un derecho. Destacando en este punto las causas de justificación que se producen al amparo de la LECR, en la que se disponen los supuestos en que los particulares podrán practicar una detención al amparo de los artículos 490 y siguientes, siempre con la exigencia establecida en el artículo 491 LECR<sup>903</sup>, al igual que los casos de ingresos de enfermos mentales en centros sanitarios, o el aislamiento de enfermos infecciosos. Supuestos de los que ya nos hemos ocupados con anterioridad.

En lo que respecta al consentimiento del sujeto pasivo, su concesión elimina el tipo del delito del artículo 163 CP, ello porque la libertad personal es un bien jurídico disponible por el titular, por lo tanto, si consiente será imposible la lesión. Afirma la doctrina que si concurre el consentimiento del sujeto pasivo, difícilmente podrá haber un ataque a la libertad, por lo que

---

<sup>902</sup> Legítima defensa, la cual se fundamenta en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión y la defensa del ordenamiento jurídico que ha de prevalecer frente a una agresión injusta. Ello siempre que se reúnan todos los requisitos que la norma establece para apreciar esta causa de justificación.

<sup>903</sup> Artículo 491 LECR “el particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior”.

consiguientemente no habrá conducta típica alguna<sup>904</sup>. Para su validez, debe ser expresado libremente, sin una voluntad viciada, concretándose el objeto sobre el que se consiente. Es posible tácita y expresamente, sin embargo, el silencio no puede interpretarse afirmativamente. La mayoría de edad será necesaria para prestar el consentimiento, por el contrario, para negarlo bastará con manifestarlo, incluso de forma tácita, ello con independencia de la edad del sujeto.

## **2.6.- Formas de culpabilidad**

Se trata de un delito doloso, es decir, que concurra voluntariedad de imposibilitar a una persona que utilice su libertad personal ambulatoria. En este delito no se requiere ningún elemento subjetivo específico más allá del dolo.

Por tanto, se conoce y se quiere el resultado de encerrar o detener a alguien. Es decir, el elemento cognoscitivo y volitivo que configura este delito demanda la existencia de dolo –conocimiento y voluntad- de privar a sus víctimas de esa libertad<sup>905</sup>. Sin que hayan de trascender los motivos o la finalidad pretendida<sup>906</sup>. Circunstancia distinta será la existencia de un objetivo a conseguir con la privación de libertad personal como medio para alcanzarlo, como veremos en su momento.

---

<sup>904</sup> M. COBO DEL ROSAL, T.S.; VIVES ANTÓN, J.; BOIX REIG, E.: ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU, J.C.: Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, página 47.

<sup>905</sup> STS 59/ 2001, de 22 de enero de 2001

<sup>906</sup> STS 403/2006, de 7 de mayo de 2005.

## 2.7.- Formas de aparición del delito

Sobre el *iter criminis*, observamos que, del tenor literal del precepto, no se desprende la exigencia de una duración mínima necesaria para la realización del delito, por lo que nos encontramos ante una consumación instantánea en el momento en que se produce la privación de libertad, sin importar a efectos de la consumación si la víctima estuvo más o menos tiempo privada de libertad personal. Si bien, la duración temporal será relevante a efectos de la prescripción o, en su caso, de la participación de terceros, no obstante, no afectará ello en cuanto a la consumación, siendo ésta la posición mantenida por el TS<sup>907</sup>.

Se trata de un delito de resultado, de inmediata consumación y efectos permanentes, se perfecciona en el preciso momento en que se detiene o encierra, sin que para ello influya o sea relevante la prolongación en el tiempo de la privación de libertad<sup>908</sup>. Sin embargo, tengamos en cuenta que no se considerará cumplido el tipo penal cuando la privación de libertad sea tan breve e insignificante que no pueda ser considerada como determinante sobre dicha pérdida de libertad personal. En esta línea se ha pronunciado el TS<sup>909</sup>.

---

<sup>907</sup> Sostiene el TS que es un delito de consumación instantánea y, en consecuencia, la duración de la privación de libertad de la víctima resulta irrelevante. Por todas, STS de 22 de octubre de 1999.

Sin embargo, consideramos necesario señalar que se exige un mínimo tiempo de privación de libertad para que se pueda considerar una detención diferenciada de una coacción. En este sentido, STS de 21 de julio de 1999, entre otras.

<sup>908</sup> STS 1588/2001, de 17 de septiembre de 2001.

<sup>909</sup> STS 376/2017, de 24 de mayo, Fundamento Jurídico 6, y STS 123/09, de 3 de febrero, Fundamento de Derecho 1. Ambas con idéntico párrafo en sus Fundamento Jurídico correspondiente en la que se dispone que “cuando la lesión a la libertad de trasladarse en el espacio de la víctima es tan fugaz que cabe valorarla como insignificante, la conducta no habrá satisfecho la exigencia típica objetiva y, por ello, será penalmente impune, salvo que la conducta, además, haya afectado a otro bien jurídico, incluida

A efectos de imposición de penas, la circunstancia del tiempo es un elemento absolutamente concluyente, aunque la consumación se origina desde que la detención se produce<sup>910</sup>.

## **2.8.- Autoría y participación.**

En cuanto a la autoría, el TS es tajante al respecto y señala que caben todas las formas de autoría y participación<sup>911</sup>. Es decir, en este delito es posible la participación de terceros.

Como señalábamos antes, al tratarse de un delito permanente en el que los efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima, también se admite la participación posterior a la consumación, puesto que la detención ilegal subsiste en el tiempo hasta su cesación, por lo que habrá participación y autoría tras la consumación si la acción del autor entra dentro del tipo penal y la acción del partícipe va unida a la acción u omisión típica que se sigue produciendo.

Señala el TS que “el delito permanente se caracteriza porque la acción continua, de forma ininterrumpida realizando el tipo después de la consumación. Por ello quien interviene después de la consumación del delito, si realiza actos ejecutivos será coautor y si participa en la acción u omisión típica, que se sigue realizando, será cooperador o cómplice, según los casos (STS. 1323/2009 de 31 de diciembre)”<sup>912</sup>.

---

la libertad genérica. En tal caso podrá ser objeto de sanción bajo la tipicidad que corresponda, incluida la de coacciones. Pero la exclusión del tipo de detención ilegal no habrá ocurrido tanto por razón de la medida cronológica cuanto por la inexistencia de lesión del bien jurídico que dicho tipo penal protege”.

<sup>910</sup> STS 701/2003, de 16 de mayo de 2003.

<sup>911</sup> STS 1564/2002, de 7 de octubre de 2002.

<sup>912</sup> STS 3066/2016, de 28 de junio de 2016.

En línea con lo anterior, la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación, reside en atención al carácter subordinado del partícipe. Por tanto, será coautor quien dirija su actuación a la ejecución del delito con dominio de la acción, que podría ser funcional si existiese tal división de funciones, pero en todo caso con dominio de la acción.

Y, será cooperación necesaria cuando se asiste al sujeto activo directo contribuyendo con una conducta sin la cual el delito no se habría realizado<sup>913</sup>.

En cuanto a la complicidad, será apreciada cuando se trate de una participación accidental, de un carácter completamente secundario. La complicidad exige; adhesión o concierto previo, es decir, *pactum scaeleris*; tener conciencia de la ilegalidad de la acción prevista "*conciencia scaeleris*"; y, por último, el *animus adjuvandi* o deseo de participación, colaborando con ello a la realización del delito aportando auxilio o ayuda secundaria. Aunque, sin su aportación la acción delictiva se podría haber realizado de igual modo.

Para distinguir entre la cooperación necesaria y la complicidad<sup>914</sup>, la jurisprudencia utiliza la teoría de la relevancia, distinguiendo entre cooperadores necesarios y coautores, aludiendo a que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno

---

<sup>913</sup> En este punto es necesario señalar las distintas teorías; de la *condictio sine qua non* aportando una conducta sin la cual no se habría cometido el delito; teoría de los bienes escasos, aportando algo que es difícil de conseguir de otra manera; teoría del dominio del hecho, cuando el que colabora podría impedir la ejecución del delito retirando su colaboración. SSTS. 1315/2005, de 10 de noviembre y 535/2008, de 18 de septiembre.

<sup>914</sup> SSTS 128/2008 de 27 de marzo; 1370/2009 de 22 de diciembre, y 526/2013 de 25 de junio.

ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores"<sup>915</sup>

En suma, será considerado cooperador necesario, el sujeto que proporcione el lugar destinado para la comisión del delito, sin embargo, habría que ser apreciado coautor si hubiese habido acuerdo previo o una división de roles o funciones entre los autores.

También es posible la autoría mediata, -en el caso de que el autor cause el resultado utilizando a otra persona. Mencionar así mismo que en este tipo, la provocación, la conspiración y la proposición serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el delito.

## **2.9.- Concurso de leyes**

En relación con la posibilidad de que existiese una duda razonable entre la aplicación del punto primero o segundo del artículo 163 CP, es decir, un posible concurso de leyes, siguiendo la postura del TS<sup>916</sup>, habrá de inclinarse por la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Declara dicho Tribunal que éste principio “no es un derecho subjetivo del acusado sino un medio dirigido al Tribunal para decidir en aquellos casos en que no haya alcanzado una plena convicción de condena y sólo es trasladable al recurso de casación cuando a pesar de ello el Tribunal de instancia no ha dictado un pronunciamiento absolutorio. El derecho a la igualdad ante la Ley no puede invocarse cuando los hechos imputados a unos y otros acusados son diferentes o cuando el Tribunal ha valorado en sentido distinto la prueba de cargo existente llegando a conclusiones diferentes en unos u otros

---

<sup>915</sup> STS 3066/2016, de 28 de junio de 2016, Fundamento de Derecho 4.

<sup>916</sup> STS 1436/2005, de 1 de diciembre de 2005.



casos, sin que sea admisible hacer una nueva valoración desde la perspectiva de la defensa”<sup>917</sup>.

Es preciso recordar que dicho principio carece de un explícito reconocimiento constitucional, como derecho fundamental de la persona o como especial motivo casacional, y que, como ha señalado el TS “según reiterada jurisprudencia, tal principio únicamente puede ser alegado en casación cuando el Tribunal sentenciador haya expresado, en el *factum*, dudas sobre extremos o circunstancias relevantes para la adecuada calificación jurídica de los hechos enjuiciados”<sup>918</sup>.

## **2.10.- Penalidad**

Como ya hemos dicho antes, establece el artículo 163 CP en su punto uno el tipo básico, el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

En los puntos dos y cuatro se disponen dos subtipos atenuados. En el punto dos se castiga con pena inferior en grado si el culpable diera libertad al sujeto, dentro de los tres primeros días de su detención, sin que haya logrado el objeto que se había propuesto. Ello se establece bajo el presupuesto del arrepentimiento del autor y los condicionamientos ya citados.

En el cuarto punto se castiga con la pena de multa de tres a seis meses al autor que aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. En este supuesto se encuadraría al particular que detuviese a otro fuera de los casos establecidos en las leyes.

---

<sup>917</sup> STS 1564/2002, de 7 de octubre de 2002, Fundamento de Derecho 15

<sup>918</sup> STS 1436/2005, de 1 de diciembre de 2005, Fundamento de Derecho 16.

Estaríamos ante un caso de error, vencible o invencible, para cuya resolución habría de dirigirse al artículo 14 CP.

Por otra parte, en el punto tercero se castiga con prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención durase más de quince días.

De la diversidad de penas que recoge dicho precepto, nace la extraordinaria trascendencia que tiene la remisión que hace el artículo 167 a las penas recogidas en el artículo 163 CP. Se trata de un aspecto que destacamos y del que nos ocuparemos tras abordar a continuación el propio artículo 167 CP.

### **3.- El artículo 167 CP. Especialidades de la detención ilegal cometida por funcionario público**

#### **3.1.- Introducción**

Sería conveniente hacer dos aclaraciones previas respecto del tenor literal del artículo 167 CP<sup>919</sup>: de un lado, este precepto establece el tipo

---

<sup>919</sup> Dispone el artículo 167 CP que:

1. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.
2. Con las mismas penas serán castigados: a) El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, practicare o prolongare la privación de libertad de cualquiera y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo, ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales. b) El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades.

sobre la acción de autoridades y funcionarios públicos que realizan detenciones –o privan de su libertad personal- a un sujeto, fuera de los supuestos permitidos por las leyes y sin que medie causa por delito, se trata, por tanto, de un delito cualificado.

Y, por otra, el artículo 163 CP, del que nos hemos ocupado con anterioridad, dispone el tipo y subtipos de la detención ilegal, por lo tanto, resulta evidente que era preciso que previamente nos ocupáramos de su contenido y comprensión para el posterior análisis del artículo 167 CP. Puesto que, como veremos en este capítulo, la remisión al artículo 163 CP, incide directamente en la aplicación del artículo 167 CP. Creando con ello una relación directa entre ambos preceptos.

Entre las principales características del artículo 167 CP están; que no intervenga presupuesto legal que permita la detención “fuera de los casos permitidos por la ley”<sup>920</sup>; que no concorra causa por delito, hecho éste que le distingue del artículo 530 CP, en el que se justifica la detención - respecto del fondo- pero en el que no se cumplen las garantías legales<sup>921</sup>,

---

3. En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

<sup>920</sup> Sostiene RAMÓN RIBAS que “dicha circunstancia (...) quizá sea un elemento del tipo básico de detención ilegal del artículo 163.1 y, por supuesto, lo es, -seguro-, de los tipos privilegiados y agravados contenidos en el mismo artículo 163 y en los siguientes” y añade que “en los términos referidos parece expresarse”, la STS 177/2014, de 28 de febrero, en la que se afirma que “según la doctrina de esta Sala, el delito de detención ilegal, consistente en encerrar o detener a una persona, privándola de su libertad, se comete cuando fuera de los casos permitidos se obliga a una persona a permanecer en un determinado lugar, en contra de su voluntad o sin ella, encerrándola en él, o impidiéndole de cualquier otra cosa forma abandonarlo o trasladarse a otro, deteniéndola”. RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales...op. cit., página 139.

<sup>921</sup> STS 137/2001, de 11 de julio de 2006.

y que el sujeto activo “cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores”<sup>922</sup>.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, este precepto dispone un tipo penal especial impropio -dado que se exige la condición de autoridad o funcionario público -generalmente miembros de las FCSE<sup>923</sup>-.

GÓRRIZ ROYO entiende que el punto primero del artículo 167 CP se centra en penar las detenciones que pueden ser calificadas de arbitrarias en su grado máximo, destacando que se utiliza el término “hechos” cuyo tenor literal es “la autoridad o funcionario público que (...) cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas...”, es decir, según esta autora, en dicho apartado “se remite a las penas respectivamente previstas en “éstos” pero el sustantivo que antecede a este pronombre no es otro que “hechos”. Y como es obvio, los “hechos” no prevén penas, lo que evidencia que debiera haberse aludido a “artículos” o a “delitos”, en lugar de “hechos descritos en este Capítulo”<sup>924</sup>.

En primer lugar, destacaremos la ilegalidad de la acción, ello se desprende, por obvio, de la literalidad la expresión “fuera de los casos

---

<sup>922</sup> En este sentido, considera CLIMENT DURÁN que “la aplicación del artículo 167 CP a las autoridades y funcionarios públicos no solo exige que no medie una causa criminal contra la persona detenida (...) sino que además es preciso que la detención se produzca fuera de los casos permitidos por la ley”. CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 61.

<sup>923</sup> No obstante, en cuanto a la autoría, señalar que es posible la comisión mediata, acusando falsamente de la comisión de un delito, provocando con ello la privación de libertad personal de un sujeto. Como apunta el TS en su sentencia 415/2005, de 23 de marzo de 2005.

<sup>924</sup> GÓRRIZ ROYO.: Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (artículo 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (artículo 167 CP), en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, editorial Tirant on line, Valencia 2015.

permitidos por la Ley” CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC convienen en que dicha frase “pone en evidencia que el funcionario o autoridad sujeto activo actúa sin cobertura legal y, en consecuencia, fuera de sus competencias”.

Esto significa que el reo actuará fuera de lo que se le permite por las facultades que ostenta, como un particular, pero valiéndose de las ventajas que le proporciona su condición<sup>925</sup>. En esta misma línea LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN afirman que nos encontramos ante una detención que carece de fundamento alguno, lesionando así la libertad ambulatoria<sup>926</sup>.

Es decir, estamos refiriéndonos a los casos dispuestos en el artículo 492 LECR. Aunque, hay situaciones de detenciones permitidas que no han de estar necesariamente en este precepto. En este sentido se ha pronunciado el TC<sup>927</sup>.

En segundo lugar, según el TS, el elemento “sin mediar causa por delito”, forma parte del tipo subjetivo de este delito<sup>928</sup>, es componente del dolo directo, el cual, inicialmente, solo podrá ser satisfecho por el conocimiento y la voluntad del sujeto activo a la hora de impedir o restringir la libertad ambulatoria de un sujeto<sup>929</sup>. Es importante destacar la necesidad

---

<sup>925</sup> CARBONELL MATEU, J.C.; y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

<sup>926</sup> ALONSO PÉREZ F.: Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos...op. cit.; página 53. LÓPEZ GARRIDO, D.; y GARCÍA ARÁN, M.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador.

<sup>927</sup> STC 2/1994, de 17 de enero, Fundamento Jurídico 3.

<sup>928</sup> SSTS de 26 de diciembre de 1997; 10 de abril de 2001; y 17 de abril de 2002 entre otras.

<sup>929</sup> En las SSTS 883/2008, de 17 de diciembre, y 135/2003, de 4 de febrero, el TS ha establecido que la expresión aquí analizada debe entenderse como “la inexistencia de unas actuaciones, investigación o diligencias que hayan sido iniciadas a

de que el agente de la autoridad sea consciente de que ejecuta la detención de forma ilegal e injustificada.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, mencionando la jurisprudencia del TS, recuerda que “el delito de detención ilegal admite exclusivamente su comisión dolosa, es decir, la conciencia y voluntad del sujeto activo de privación de libertad de una persona con independencia de cuál sea el móvil o la intención ulterior. El dolo por lo tanto tiene que abarcar la conciencia del sujeto activo de actuar de esta forma”<sup>930</sup>, esto es, sin cobertura legal.

En tercer lugar, que la privación de libertad sea como resultado de encerrar o detener, lo cual se desprende de la frase “cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores”. Ello se encuentra directamente relacionado con la duración de la detención, lo que permitirá delimitar las penas de los artículos 163 a 166 CP que correspondan al suceso. Por lo que, de ese modo, podrá agravarse la pena, al resultar que es un funcionario público o autoridad el sujeto activo<sup>931</sup>. Sobre esto último, CÓRDOBA resalta que lo relevante en estos casos es que el tiempo de la detención debe ser computado respecto al período en el que el mantenimiento de la privación de libertad haya dependido de la voluntad del sujeto activo<sup>932</sup>.

---

consecuencia de la comisión de un delito de las que resulten méritos para la detención del sujeto pasivo [...]”.

<sup>930</sup> Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 503/2019, de 15 de julio de 2019, recurso 799/2018.

<sup>931</sup> Tal y como dispone el artículo 167 CP “será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años”.

<sup>932</sup> CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

En este caso, el encierro o la detención, habrá de carecer de indicios o sospechas<sup>933</sup> de la comisión de delito alguno que la aconseje, por lo que siguiendo la jurisprudencia del TS, será necesario -más bien, imprescindible- analizar su existencia *ex ante* -sin ser determinante *ex post*-, siguiendo en ello los criterios de la racionalidad y la moderación<sup>934</sup>, para poder valorar si existían los presupuestos requeridos para proceder a la detención<sup>935</sup>.

---

<sup>933</sup> Así lo declara el TS “para la realización del tipo es absolutamente necesario que no existan sospechas o indicios de la comisión de un delito, dado que la detención ha de ser arbitraria e infundada”. STS 701/2001, de 23 de abril de 2001.

<sup>934</sup> Como señala la STS 1899/2000, de 12 de diciembre de 2000, “al tiempo de juzgar sobre la justificación de la detención (...) sin exigir del funcionario el rigor técnico del Juez”.

<sup>935</sup> En este sentido se manifiesta el TS en su sentencia de 12 de julio de 2005, en su Fundamento Jurídico 4: “En los supuestos de intervención policial que concluye con la detención de una persona, el examen de la racionalidad de la sospecha que justifica la medida debe hacerse ‘ex ante’, y no esperar a la confirmación ‘ex post’ de los indicios racionales, por lo que es correcto detener con base racional aun cuando posteriormente se determine que el sujeto no ha cometido el ilícito. En realidad, la detención efectuada por los miembros de los Cuerpos Policiales se considerará delictiva cuando ésta se haya efectuado sin indicio razonable alguno de la posible comisión por el detenido de un delito, porque en tales casos la racionalidad y la proporcionalidad se ven desplazadas por la arbitrariedad, situación de arbitrariedad y total sinrazón (...) El juicio de racionalidad de la posible comisión de una acción delictiva justifica la medida adoptada por los funcionarios policiales y, desde luego, excluye todo viso de arbitrariedad o abuso en la actuación de éstos, por lo que, aunque ex post el Tribunal sentenciador no haya apreciado una actuación delictiva por parte del detenido, ello en modo alguno excluye que en el momento de los hechos existieran esos indicios racionales que sustentaban la actuación policial”.

Y en la misma línea, sobre la falta de identificación como requisito que permite la detención, es muy significativa la sentencia 28/2009 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 23 de septiembre de 2009, (recurso 2/2009) en la que advierte que “la ilegalidad de la detención ha de venir referida fundamentalmente a la inexistencia de supuestos que la justifiquen, lo que ha de ser entendido con criterios de racionalidad y de ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y ante judicial el rigor y

### 3.2.- Sujetos activos y pasivos

En lo que respecta al sujeto activo, será la autoridad o funcionario público (agentes de la autoridad), sin embargo, para determinar quiénes son, desde una perspectiva penal, hemos de acercarnos al artículo 24 CP. Es este punto, es necesario señalar que existe una cuestión no pacífica entre la jurisprudencia y la doctrina, sobre que el funcionario público intervenga con un objetivo privado. En otras palabras, que se efectúe la detención o el encierro ilegal sin relación con la función pública, es decir, la potestad de dichos cargos.

Por lo que entendemos que la cuestión principal para la búsqueda de una solución es establecer el significado exacto de función pública.

En cuanto a la opinión sostenida por la doctrina<sup>936</sup>, por una parte, opina VIVES ANTÓN<sup>937</sup>, que la función pública está formada por tres elementos; subjetivo, deberá llevarse a cabo por un ente público; objetivo, es una actividad realizada mediante actos sometidos a derecho público y; teleológico, la función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos. Resultando ésta última, uno de los puntos esenciales en la polémica entre la jurisprudencia y la doctrina.

Por otra, comprobamos como SERRANO GÓMEZ fundamenta, de forma sencilla, que “el funcionario o autoridad que actúe sin la condición de tales estará actuando como cualquier particular, por lo que no podrá estar

---

la técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento, con vistas al material probatorio de que disponga.”

<sup>936</sup> ALONSO PÉREZ, F.: Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos... op. cit., página 46.

<sup>937</sup> *Ibidem*, página 36.



comprendido dentro del supuesto del artículo 167 CP”. En esta misma postura, PORTILLA CONTRERAS considera que al ser la función pública elemento esencial del concepto de funcionario público, en el instante en que la misma no exista, la intención de servir a los intereses generales en el sujeto activo, no será aplicable el tipo penal del artículo 167 CP, ya que carecería de uno de las exigencias fundamentales en su configuración.

Y, por lo que respecta a la jurisprudencia, esta parece haber acogido una posición, en ocasiones, ciertamente contraria en relación con esta cuestión.

El TS estableció que el delito del artículo 163 CP “solo puede ser cometido por particulares *strictu sensu*, no pudiendo llevarse a cabo por los que, por disposición de la ley, tenga como misión la prevención de hechos punibles y aprehender a los que de cualquier modo participen en ello”<sup>938</sup>.

En tal caso, el TS considera que, con independencia de la actuación que fuese, por su condición de funcionario público solo podrá ser reo del delito del artículo 167. No obstante, dicho lo anterior, nos encontramos también con sentencias del TS que van en la línea contraria, entre otras, la STS 264/1983<sup>939</sup>, en la que el TS optó por considerar que el funcionario público puede ser castigado como autor del artículo 163 CP, desmarcándose de lo establecido en su jurisprudencia anterior.

---

<sup>938</sup> STS 2724/1987, de 15 de abril, Fundamento Jurídico 1.

<sup>939</sup> STS 624/1983, de 25 de octubre, Considerando 3. “el sujeto activo ha de ser necesariamente un particular, en cuyo concepto pueden incluirse también los funcionarios públicos cuando actúan fuera del ejercicio o ámbito de sus funciones”

STS de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 4, “el sujeto activo dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses y deseos particulares merecedores de absoluta reprobación en los órdenes personal y social”.

A nuestro juicio, no debería caber duda alguna de que el artículo 167 CP es exclusivamente aplicable a los sujetos que actúen en el desempeño de tales funciones públicas, dado que el elemento fundamental de sus funciones es la finalidad pública. La remisión al artículo 163 CP solo cabría cuando no exista vínculo o relación alguna con su condición de funcionario público.

Por consiguiente, desde el preciso instante en que no proceda en aras del cumplimiento y búsqueda del interés público, la potestad que se le otorga como consecuencia de su cargo quedará quebrantada, por lo que estará respetando los presupuestos del tipo penal del artículo 163 CP.

Y, por lo que respecta al sujeto pasivo, decir que podrá serlo cualquier persona, tanto del artículo 167, como del artículo 163 CP, del que ya nos hemos ocupado.

### **3.3.- Tipo subjetivo**

Respecto del tipo subjetivo, se trata de un tipo penal intrínsecamente doloso, en éste sentido se pronuncia el TS<sup>940</sup>. Sin que ello tenga relación alguna con el medio utilizado. Por lo tanto, ha de existir una consciencia de

---

<sup>940</sup> STS 19522/1994, de 1 de junio, Fundamento Jurídico 1. según la cual “la detención ilegal se ha calificado de dolosa, necesitada de un dolo específico, presentándose la privación de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso”

STS 883/2008, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico 1, “el tipo exige que el sujeto activo actúe con la conciencia de que no existe causa por delito y de que no se dan los supuestos que legalmente justifican la privación de libertad del particular, [...] necesitado de un dolo específico, de forma que la privación de libertad debe presentarse como inmotivada, abusiva y arbitraria, conociendo el agente la antijuridicidad de su conducta”

la antijuricidad de su actuación. La existencia de un móvil determinado no implicará una interferencia en que la acción del sujeto activo sea efectivamente dolosa<sup>941</sup>.

El dolo conlleva que el actor tenga noción de una serie de apreciaciones de carácter jurídico <sup>942</sup>. Nos estamos refiriendo al conocimiento de las obligaciones jurídicas que vienen unidas al cargo de agente de la autoridad, dado que lo que se valora a la hora de preservar la libertad personal, frente al tipo penal del artículo 167, son los deberes y compromisos presentes en dichos cargos.

Considera ZUÑIGA RODRÍGUEZ que “la calidad situacional del funcionario como sujeto especial trae a colación un ámbito de conocimiento propio de los deberes que su cargo le otorga, conocimiento que consiste en las potestades que el ordenamiento jurídico le atribuye relacionadas a la acción que se prohíbe, esto es, las competencias concretas para

---

<sup>941</sup> STS 648/1995, de 12 de mayo, Fundamento Jurídico 2. “constante doctrina jurisprudencial de esta Sala expresa la intrascendencia de los móviles para la existencia del dolo de este tipo penal, vertebrado entitativamente por la privación de la libertad ambulatoria, pues el dolo específico requerido sólo consiste en la conciencia de la antijuricidad del comportamiento de privar al sujeto pasivo, durante un lapso temporal de cierta permanencia o duración, de su libertad de movimientos, de locomoción o deambulación”.

<sup>942</sup> En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, mencionando la jurisprudencia del TS recuerda que “el delito de detención ilegal admite exclusivamente su comisión dolosa, es decir, la conciencia y voluntad del sujeto activo de privación de libertad de una persona con independencia de cuál sea el móvil o la intención ulterior. El dolo por lo tanto tiene que abarcar la conciencia del sujeto activo de actuar de esta forma”, esto es, sin cobertura legal. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, en sentencia 503/2019, de 15 de julio de 2019, recurso 799/2018.

detener”<sup>943</sup>. A lo que añadimos nosotros que tal conocimiento le permite saber los límites de sus actuaciones.

Por otro lado, respecto a la ilegalidad de tal modo de actuar, únicamente procediendo con comprensión directa de la contravención de sus obligaciones, se revela el desvalor y la ilegalidad de su conducta.

Nos encontramos ante dos razones distintas. De un lado, el conocimiento de los presupuestos fácticos que dan lugar a la detención y, de otro, el conocimiento de las normas jurídicas de ésta. Únicamente la conjunción de las dos dará lugar a una intervención ilegal.

Por su parte, opina JAREÑO LEAL que en el artículo 167.1 CP, el autor no actúa en calidad de particular, o con interés particular, “ya que todas las detenciones que la jurisprudencia trae a este tipo son practicadas por el funcionario en el ejercicio de sus potestades, pero excediéndose en ellas (porque no hay causa por delito)”<sup>944</sup> y prosigue señalando que en el supuesto de que actuase como particular se aplicaría el artículo 163 CP dado que no se ha servido de su condición pública.

A esta línea argumental añade PORTILLA CONTRERAS que “el artículo 167.1 equipara el comportamiento del funcionario que actúa con finalidad privada -y no existe causa por delito- al del particular, y que la razón de la agravación de la pena para el primero radicaría en su condición profesional. Para distinguir esta figura de la detención de funcionario del artículo 530 este autor se refiere al ejercicio o no de las funciones

---

<sup>943</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Libertad Personal y Seguridad Ciudadana, Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público, editorial PPU., Barcelona, 1993, página 250.

<sup>944</sup> JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación, Revistas@iutel.com, Revista General de Derecho Penal 27, Universidad de Valencia, Valencia 2017, página 4.

reglamentarias, de tal forma que si el agente realiza la detención con el fin de entregar al detenido a la autoridad judicial debe aplicarse el artículo 530, mientras que si dicha detención no persigue entregar al detenido a la autoridad judicial y el sujeto se sirve del cargo para realizarla, el precepto aplicable será el artículo 167.1 CP”.

La posición del TS difiere de la postura mantenida por ambos autores<sup>945</sup>. En el supuesto de que cuando un agente realice la privación de libertad en interés personal, no se considerará su actuación como la de un funcionario, sino como la conducta de un particular, por lo que el delito que estará cometiendo no será el de ambos preceptos -167 y 530 CP- sino del tipo penal del artículo 163.4<sup>946</sup>.

Sin embargo, entendemos que podría darse la realización del tipo por un agente fuera de servicio, aprovechando la información conseguida por los medios que le permiten su posición funcional y empleando en ello unas tácticas y modos adquiridos como consecuencia de su preparación profesional, o incluso disponiendo su posible coartada en el supuesto de ser descubierto, alegando una actuación respaldada por su condición de agente de la autoridad bajo sospechas creadas *ad hoc*. Surgiendo, con todo ello, la duda de si habrían de ser considerados circunstancias agravantes

---

<sup>945</sup> Considera el TS que la detención ilegal supone la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo mediante conductas que puedan ser comprendidas en el significado de los verbos encerrar o detener, como una infracción instantánea, tanto para la detención como para el encierro, aunque sin olvidar que el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación del delito es necesario un mínimo relevante. Resultando este último aspecto muy significativo en el enjuiciamiento que realiza el TS en la aplicación de la penalidad de los preceptos que nos ocupan, como podremos observar a lo largo de este capítulo. STS 790/2007, de 8 de octubre, Fundamento de Derecho 5.

<sup>946</sup> En este sentido se manifestó el TS en su sentencia 1120/2000, de 23 de junio de 2000.

del tipo o una detención arbitraria de agente de la autoridad fuera de servicio.

En principio lo consideraríamos como la actuación de un particular, pero como ya hemos destacado en varios apartados, se trata de unos supuestos que se prestan, con mucha facilidad, a la casuística y tal actuación habría de ser analizada pormenorizadamente.

Por lo tanto, al abordar su tipo subjetivo, vemos que en el elemento intencional es imprescindible la existencia de dolo<sup>947</sup>. En relación con esto último, advierte el TS que:

“Como es sabido el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y, dada la actual regulación contenida en el art. 14.1 CP, también el de los elementos normativos del tipo. Estos elementos son aquellos que el autor sólo conoce mediante la comprensión de los hechos y no simplemente a través de su percepción sensorial, como en el caso de los elementos descriptivos del tipo. En un número considerable, al menos, son errores jurídicos, como el presente caso. Respecto de los elementos normativos, sin embargo, el dolo no requiere un conocimiento técnico-jurídico, sino, simplemente, el conocimiento paralelo en la esfera del lego o, como resulta terminológicamente más correcto, la valoración paralela en la esfera del lego. Dicho brevemente: el dolo sólo requiere que el autor

---

<sup>947</sup> Creemos oportuno destacar que, respecto de la culpabilidad, el TS sostiene que cuando el agente actuante se equivoque en la calificación delictiva de los hechos que provocaron la detención, nos encontraremos ante el error de prohibición vencible, dado que el funcionario ha de conocer el ámbito en el que desarrolla sus funciones. Se trata, prosigue el TS, de la necesidad de que en el autor exista una “actitud subjetiva de abuso secundando al dolo específico de este delito constituido por 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”. Así lo dispone en su sentencia 606/2001, de 10 de abril de 2001.

haya conocido la valoración de los hechos en el nivel del lenguaje cotidiano, no técnico”<sup>948</sup>.

Sin embargo, al inclinarse -el TS- por el tipo del artículo 530 éste suele obviar la gravedad del dolo, tengamos en cuenta que es un tipo penal más indulgente con el autor en comparación con el artículo 167.1 CP<sup>949</sup>. Es decir, el TS exige un dolo “reforzado” cuando define las detenciones del artículo 167.1 CP y, por el contrario, no lo busca de igual manera en el artículo 530 CP. Sin embargo, en el supuesto de un concurso de leyes entre los artículos 167 y 530 CP, se aplicará el primero cuando la falta absoluta de motivación para la privación de libertad -al no existir causa por delito-. Por el contrario, aplicará el artículo 530 CP cuando exista una detención legítima en el fondo, pero se produzcan ilegalidades respecto de la duración, tratamiento, modo, forma, etc.

Por lo demás, como ya hemos advertido en otros puntos de este apartado, se trata de un tipo que se presta mucho a la casuística, como prueba de ello podemos mostrar la distintas interpretaciones que ha mantenido el TS, entre ellas; considera que es típica la conducta de trasladar a dependencias policiales con la excusa de identificar al sujeto, cuando en realidad se conocía al menor por un incidente que había sucedido la jornada anterior<sup>950</sup>; que no será típica la acción de trasladar al sujeto a comisaría, si éste acompañó voluntariamente a los agentes<sup>951</sup>; o que no constituirá detención la solicitud o requerimiento, de los miembros de la FCSE, para prestar declaración, si ésta se realiza como invitación<sup>952</sup>.

---

<sup>948</sup> STS 202/2005, de 21 de enero, Fundamento de Derecho 1.

<sup>949</sup> Del análisis de las sentencias del TS; de 22 de marzo de 2010 y, 3 de noviembre de 2006, se desprende que no hay dolo intensificado.

<sup>950</sup> STS 1906/2000, de 12 de junio de 2000.

<sup>951</sup> STS 1310/2001, de 21 de julio de 2001.

<sup>952</sup> STS 810/2002, de 3 de mayo de 2002.

Un supuesto muy frecuente y del que ya nos hemos ocupado, con detalle, en apartados anteriores.

Destaca RAMÓN RIBAS sobre la penalidad de los artículos que se ocupan de las detenciones ilegales y de los secuestros, que “las penas previstas (...) eran ya de por sí muy graves, por lo que las nuevas agravaciones actuarán sobre marcos penales muy severos”<sup>953</sup>.

En suma, si tuviésemos que sintetizar al máximo la problemática del artículo 167.1 CP, podríamos decir que este precepto dispone un tipo penal híbrido<sup>954</sup> que se queda en la frontera entre la detención ilegal cometida por un funcionario y la privación de libertad personal realizada por un particular del artículo 163 CP.

#### **4.- Artículo 530 CP. El delito de detención ilegal cometida por funcionario público con violación de las garantías de la CE, los plazos y derechos del detenido**

Como bien se ha podido evidenciar a lo largo de este trabajo, podría dar la impresión de que existen dos preceptos para un mismo hecho, la detención ilegal cometida por funcionario público; por una parte, el artículo 167 CP –dirigido a las conductas establecidas en el artículo 163 CP-; y, por otra, el artículo 530 CP<sup>955</sup>. Lo que ha dado lugar, como ya hemos advertido,

---

<sup>953</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales...op. cit., página 38.

<sup>954</sup> Término utilizado por JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida...op. cit., página 5.

<sup>955</sup> En cuanto al contenido del artículo 530 CP, este establece que “la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.



a una jurisprudencia diversa y poco homogénea<sup>956</sup>. Lo que ha aumentado las dudas respecto de cuándo aplicar un tipo u otro.

#### **4.1.- Bien jurídico protegido**

Respecto del bien jurídico protegido, no es sólo la libertad personal del detenido, sino que en palabras de TAMARIT SUMALLA "...es el sistema de garantías constitucionales relativas a la libertad individual y a incluir en el tipo no solo las detenciones practicadas fuera de los casos permitidos por las leyes, sino también aquellas que por su forma supongan la violación de alguna garantía del detenido, de acuerdo con la prohibición constitucional de toda privación de libertad que no se efectúe en los casos y en la forma previstos por la ley"<sup>957</sup>. opinión que compartimos. Es patente que estamos también ante un tipo pluriofensivo.

BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS <sup>958</sup> consideran, sobre ello, que "el bien jurídico protegido en el Capítulo V, Título XXI, se vincula al derecho a que la afectación de ciertos derechos fundamentales como la libertad, intimidad, inviolabilidad de domicilio se realice respetando las formalidades establecidas en las leyes.". Es evidente que lo que se pretende es proteger los derechos de la persona, cuando el Estado interfiere en su derecho a la libertad personal –artículo 17 CE-.

---

<sup>956</sup> Sin duda alguna, así lo ponen evidencian BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS en su trabajo; La tipicidad de las detenciones ilegales...op. cit.

<sup>957</sup> TAMARIT SUMALLA.: Comentario al artículo 530 del Código Penal, en Comentarios al Código Penal español, Tomo II 7ª edición, editorial Aranzadi; Pamplona, 2016.

<sup>958</sup> BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales...op. cit., página 4.

El TS advierte que el bien jurídico protegido es la libertad de movimientos “como límite del poder y el estatuto de esa libertad en la relación ciudadano-Estado”<sup>959</sup>.

Por lo que respecta a sus presupuestos legales, al hablar de “mediando causa por delito” es necesario dirigir nuestra atención a la LECR, la cual, en su artículo 282 asigna a las FCSE la función de investigar los delitos que se cometieren en su demarcación; realizar las averiguaciones necesarias para comprobarlos y detener a los autores, al igual que requisar todos las pruebas, efectos, e instrumentos del delito, situándolos a disposición de Juez competente, estableciendo el artículo 284 LECR la ejecución de las diligencias, que trasladaran a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible, una vez concluidas.

Por su parte, como hemos visto, el artículo 492 LECR se ocupa de los casos en los que los agentes de la autoridad tienen la obligación de detener. El análisis de los supuestos muestra la existencia de título suficiente para la imputación de quien se pretende detener.

Dicho lo cual, coinciden la doctrina y la jurisprudencia, en que el agente deberá valorar *ex ante* sí concurren indicios racionalmente bastantes para colegir la existencia de un delito, así como la participación del sujeto detenido. Puesto que, confirmada la existencia de estos requisitos, la detención estaría fuera del ámbito del artículo 167 CP.

Por lo que se refiere a los requisitos que exige el artículo 530 CP, el TS<sup>960</sup> se ha ocupado de ellos:

---

<sup>959</sup> STS de 19 de febrero de 1993.

<sup>960</sup> STS 1352/2004, de 22 de noviembre, Fundamento de Derecho 3. “nuestra Sentencia 1310/2001, de 21 de julio, analiza los requisitos necesarios para la existencia de tal delito, que son los siguientes: a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 del Código Penal, en el ejercicio de sus funciones,

- a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.
- b) que la intervención del agente se realice mediando causa penal por delito-
- c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar la detención.

---

lo que permite entender que se trata de un delito especial propio; b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: «mediando» causa penal por delito; c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad; d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal, ya que en caso de imprudencia grave se aplicará el art. 532 del propio Código.

No es sencillo diferenciar esta modalidad de detención ilegal de la prevista en el artículo 530 del mismo Código Penal que tipifica la vulneración, por parte de una autoridad o funcionario público, de las garantías que al detenido le otorga el artículo 17 de la Constitución. Se señala como nota distintiva que el artículo 530 requiere que medie causa por delito, lo que permite una privación de libertad inicialmente lícita, lo que no sucede en el supuesto del artículo 167, en el que se dice expresamente «sin mediar causa por delito». Esta Sala, en Sentencia 1371/2001, de 11 de julio, se refiere a esta distinción declarando que mientras la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código Penal. En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECrim), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal (véase la Sentencia 376/2003, de 10 de marzo)».

- d) que se cometa con un detenido, preso o sentenciado.
- e) que se quebranten plazos u otras garantías constitucionales o legales.
- f) que concorra dolo, con plena conciencia plena de la ilegalidad de la actuación.

A tenor de sus palabras, se desprende su extenso ámbito de aplicación. Y ello lo mostramos por su relación directa con el artículo 520 LECR, y los derechos en él recogidos.

#### **4.2.- Tipo objetivo**

En cuanto al tipo objetivo, lógicamente el sujeto activo está constituido por la autoridad o funcionario público que se encuentre en el ejercicio de las funciones propias de su condición, por lo que estamos ante un delito especial propio. Tan sólo podrán serlo la autoridades y funcionarios públicos con potestad para acordar o proceder a la detención de un sujeto. En este sentido se pronuncia el TS en su sentencia 2958/2003 de 30 de abril:

“el delito del art. 530 del Código Penal es un delito especial que sólo puede ser cometido, como autor directo, por aquellos funcionarios públicos con capacidad legal de acordar la detención de una persona. La acción típica se describe en torno a los verbos nucleares de acordar, practicar o prolongar una detención de una persona, mediando causa por delito, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales. Se hace preciso acudir a las normas constitucionales, art. 17, y a las normas reguladoras de los supuestos de detención, para rellenar el tipo penal. Así, y a modo de relación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Seguridad Ciudadana y las leyes que permiten restricciones a la libertad deambulatoria, que respectivamente y para cada supuesto establecen un catálogo de derechos y la forma de realización”.

Por lo que atañe a la conducta típica, será necesario que la actuación del agente de la autoridad se realice como consecuencia de la existencia de una previa causa por delito<sup>961</sup>, y que dicha intervención consista en practicar o prolongar<sup>962</sup> en el tiempo una privación de libertad personal, vulnerando, por tanto, derechos, garantías constitucionales o plazos<sup>963</sup> establecidos por la ley<sup>964</sup>.

Haciendo un ejercicio de síntesis, diremos que cometerá el delito del artículo 530 CP el funcionario público o autoridad que no respete los derechos establecidos en el artículo 520 LECR<sup>965</sup>, en el que -como hemos

---

<sup>961</sup> Debe entenderse por “causa por delito” en dos importantes sentidos: por una parte, obviamente los procedimientos iniciados por una Autoridad Judicial, y por otra, la actuaciones -generalmente denominadas “diligencias a prevención”- realizadas para el esclarecimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de la comisión de un delito.

<sup>962</sup> El verbo “prolongar”, abre la posibilidad de la realización omisiva del tipo recogido en el artículo 530 CP. El TS ha establecido en su jurisprudencia que este delito es de consumación instantánea, desde que el sujeto pasivo queda privado de su libertad, a pesar de tratarse de un delito de efectos permanentes, por lo que no se debe olvidar nunca el elemento temporal como elemento a tener en cuenta para determinar la existencia o no de este delito. En este sentido se pronuncia el TS en sus sentencias de 19 de febrero y de 28 de mayo de 1993.

<sup>963</sup> Como es sabido, el límite temporal de las 72 horas, actúa como un límite absoluto - en todo caso- porque la duración de la detención no habrá de sobrepasar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones imprescindibles, circunstancia esta que evidentemente, tiene un marcado carácter casuístico. STS 635/2003, de 30 de abril de 2003.

<sup>964</sup> Observa CLIMENT DURÁN que “además de mediar causa por delito, para la comisión del delito de detención ilegal material tipificado en el 530 CP, es preciso que la autoridad o funcionario público actúe con vulneración de las normas que justifican la detención de la persona sujeta a esa causa criminal. Es decir, que ha de ser ilegal la detención operada dentro de la causa penal”. CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 89.

<sup>965</sup> A pesar de los términos amplios que se utilizan en el artículo 520 LECR, entendemos que podría resultar una obviedad señalar que los ciudadanos en general -los

reiterado a lo largo de este trabajo-, se incluyen las garantías constitucionales del artículo 17 CE<sup>966</sup>.

Igualmente se precisa la concurrencia de voluntad y conciencia, es decir, dolo, teniendo la plena seguridad de la ilegalidad de la actuación, dado que en el supuesto de que nos encontrásemos ante una acción imprudente grave, se aplicaría el artículo 532 CP<sup>967</sup>.

Veamos a continuación que, en cuanto a la conducta típica, para su determinación será necesario estar a lo dispuesto en la Constitución Española y en las leyes que regulen los presupuestos para la calificación de la privación de libertad personal<sup>968</sup>. El tipo penal se integrará, con la práctica de una detención, por lo que no se cumplirá el tipo cuando no encontremos ante una invitación -por parte de los agentes- a acompañar a dependencias policiales o, en su caso, cuando la restricción de la libertad personal sea una inmovilización o retención simple *-in situ-* a los efectos

---

particulares- no están obligados, en calidad de destinatarios- a las obligaciones y deberes que en dicho precepto se recogen. Sin embargo, si consideramos que deben informar al sujeto detenido de los motivos de la privación de libertad, ahora bien, no hay previsión legal ante tal incumplimiento. Por el contrario, si está prevista sanción penal para el funcionario público que conculque tales derechos constitucionales - artículo 530 CP-.

<sup>966</sup> Señala RAMÓN RIBAS al respecto del artículo 530 CP, que “la infracción de dichos deberes no supone un atentado contra la libertad ambulatoria de una persona si la detención resultaba obligada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 492, pero sí lesiona las garantías, es decir, los derechos, reconocidos por aquel precepto. Estos son, por tanto, su objeto de protección”. RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicada...op. cit., página 316.

<sup>967</sup> Dispone el artículo 532 CP que, “si los hechos descritos en los dos artículos anteriores fueran cometidos por imprudencia grave, se castigarán con la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

<sup>968</sup> STS 635/2003, de 3 de abril de 2003.

de una mera identificación en la vía pública<sup>969</sup>. Siendo éste un punto al que ya nos hemos referido en otros apartados y a los que nos remitimos.

A propósito del posible concurso de leyes, el tipo penal integrado en el artículo 530 CP se circunscribe a los supuestos en que la detención se encuentra justificada legalmente -lo que le diferencia claramente con el artículo 167 CP<sup>970</sup>, en el que el presupuesto básico es, precisamente, la arbitrariedad de la detención-. Es por lo que el tipo se integra con el incumplimiento de los derechos del detenido, de la conculcación de las garantías establecidas, en suma, de la vulneración de las exigencias legales.

En su ámbito de aplicación debemos señalar que también se cumplirán los presupuestos de este tipo cuando se detenga por un delito leve –antiguas faltas- o un hecho trivial e insignificante jurídicamente -no constitutivo de delito-, en el que con la simple redacción de una atestado policial habría sido suficiente<sup>971</sup>, sin haber sido necesaria una detención con traslado a dependencias policiales.

---

<sup>969</sup> A la identificación, habríamos de añadir la realización de cacheos, registros de vehículos. Como vimos en su momento, estas acciones serán consideradas legítimas cuando existan circunstancias que así las aconsejen y justifiquen, no pudiendo ser consideradas, por lo tanto, como detenciones, en sentido estricto. STS 341/1993, de 18 de noviembre de 1993.

<sup>970</sup> Recuerda el TS que es imprescindible la existencia de un elemento subjetivo consistente en que la autoridad o funcionario actúe con conciencia y voluntad deliberada de practicar una detención ilegal, es decir, de privar de libertad en los casos en que no está permitido por la Ley. El elemento subjetivo, exigible por el principio de culpabilidad, hay que construirlo a través de los datos externos y circunstancias que concurren en cada caso concreto. STS 817/2004, de 29 de junio de 2004.

<sup>971</sup> Sobre ello se pronuncia el TS en su sentencia 817/2004, señalando que “el Cabo de la Policía Local pidió a los jóvenes, que parecían ser los autores de una simple gamberrada, que se identificasen y mostrasen su documentación. En ningún momento opusieron resistencia, sino que accedieron a lo solicitado, por lo que, si

Por último destacaremos un aspecto procesal interesante, apuntando que el principio acusatorio prohíbe que quien haya sido acusado de la comisión del tipo penal de artículo 167 CP, pueda ser condenado por el artículo 530 CP<sup>972</sup>.

---

hubiera procedido iniciar un atestado por tan leve hecho, ya se habían cumplido todas las previsiones legales y no era necesario trasladar a nadie en calidad de detenido a las dependencias de la Policía Local. Con estos antecedentes, creemos que se cumplen las previsiones del tipo penal aplicado (detención ilegal). Sin necesidad de hacer referencia a las disposiciones complementarias de carácter internacional, lo cierto es que en este caso la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaba investido. Todo ello para reprimir una conducta que, en ningún caso, dadas sus características, podría ser considerada como delito. STS 817/2004, de 29 de junio de 2004, Fundamento de Derecho 3.

<sup>972</sup> Se ocupa de ello el TS en la sentencia 240/2003, en la que señala que “la privación de la libertad deambulatoria del recurrente se produjo por causa por delito, ya que su conducta, ofreciendo dinero a un funcionario de policía para evitar la denuncia y el hecho de que hubiese provocado un accidente de tráfico y se diese a la fuga, son conductas que pueden estar incursas en el Código Penal, por lo que de haber existido una privación indebida de libertad, sería de aplicación lo previsto en el artículo 530 del Código Penal , como correctamente ha entendido el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida.

El Tribunal de instancia entiende que de haber existido un delito de privación indebida de libertad, al haber mediado causa por delito, sería de aplicación el artículo 530 del Código Penal , cuando los acusados lo fueron únicamente por delito de detención ilegal, previsto en el artículo 167 del mismo texto legal , y ello, por mor del principio acusatorio, impide que puedan ser condenados por delito de detención ilegal cometido por funcionario público, sin mediar causa por delito, ya que de otro modo se vulneraría el principio acusatorio al no tratarse de delitos homogéneos, en cuanto los bienes jurídicos protegidos son diferentes como diferentes son los hechos que los configuran. Los razonamientos expresados por el Tribunal de instancia son acordes con la doctrina de esta Sala, que se ha pronunciado con igual criterio en sus Sentencias 1371/1001, de 11 de junio , que refiriéndose a las mismas figuras delictivas, declara que se vulneraría el principio acusatorio al tratarse de tipos penales distintos, y 135/2003, de 4 de febrero, que igualmente establece que no se puede



Tras la exposición de los tres artículos que están siendo objeto de nuestro estudio, nos detendremos en las diferencias e interacciones existentes entre ellos. Ocupándonos en primer lugar de la remisión que el artículo 167 hace a los distintos apartados del artículo 163 CP y cómo es interpretada por el TS. Y, en segundo lugar, las diferencias existentes entre los artículos 167 y 530 CP, y su reflejo en las resoluciones del TS.

### **5.- Vinculación penológica entre los artículos 163 CP y 167 CP. Aplicación jurisprudencial**

Como ya hemos señalado, las penas recogidas en los artículos 530 y 167 CP, son muy diferentes en cuanto a su gravedad, siendo más benévolo el primero. Sin embargo, las penas del artículo 167.1 CP variarán según la remisión que en dicho precepto se realiza al artículo 163 CP. Cuestión ésta a la que se enfrentan los Juzgados y Tribunales cuando se encuentran ante la cuestión de a qué punto del artículo 163 CP reenvía el artículo 167 CP, en el supuesto de que tengan que examinar qué tipo penal de privación de libertad personal ilegal ha realizado el sujeto activo del delito.

---

condenar por el artículo 530 quien ha sido acusado por el artículo 167 , al impedirlo el principio acusatorio, habiendo recordado el Tribunal Constitucional, como es exponente su Sentencia 33/2003, de 13 de febrero , que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo ( art. 24.2 CE ) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, que se concreta en el derecho de defensa, señalando que, desde la STC 12/1981 , viene declarando que "la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que "sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral" pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio". STS 240/2003, de 30 de abril de 2003, Fundamento de Derecho 2.

Como veremos en las páginas siguientes, la motivación de la posible desigualdad existente en las resoluciones dictadas por el TS podría ser la de conseguir una justicia material, con la pretensión de penar con mayor benevolencia en atención al principio de proporcionalidad.

### **5.1.- Reticencias del TS a la aplicación del artículo 163.1 CP en los casos de detención ilegal cometida por funcionario público.**

A pesar de que resulta obvio que el artículo 163.1 CP dispone el tipo básico<sup>973</sup> de la ilegal privación de libertad personal, los Juzgados y

---

<sup>973</sup> Como decíamos al principio, sobre la conducta que tipifica este tipo básico es la privación al sujeto pasivo, por parte del activo, de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, encerrando o deteniendo.

Tribunales, en un gran porcentaje de sus resoluciones, no se inclinan por su aplicación<sup>974</sup>, sino que se remiten a los otros puntos de dicho precepto<sup>975</sup>.

Sobre ello, es necesario establecer una distinción entre la detención ilegal cometida por un particular, y la realizada por un funcionario público, puesto que la naturaleza jurídica de ambos casos difiere claramente, amén de la condición de funcionario público que, como sujeto activo, ostenta el agente de la autoridad. Este último usa las potestades que le concede el Estado para privar de la libertad personal, sin necesidad de utilizar la

---

<sup>974</sup> Existe un gran número de sentencias en las que queda constancia de la realización por parte de miembros de FCSE, de la detención de una persona, sin el más mínimo amparo legal y, a pesar de ello, no se remiten al artículo 163.1, sino que se tratan de integrar los hechos en los otros puntos de dicho precepto. Y lo que resulta menos comprensible, que ello se realiza sin una exposición de las razones jurídicas que conducen a ello, dado que éste déficit de argumentación colabora en la falta de una correcta interpretación de la norma por las demás partes. Algo que, bajo nuestro criterio, creemos que es debido a la elevada pena (prisión) que se dispone en su punto primero. A título meramente representativo podemos mencionar las siguientes sentencias de la Sala Segunda del TS:

De 9 de julio de 2000, en la que reconoce como hecho probado que el objeto de la detención es dar un escarmiento a quien les ha reprochado tomarse unas copas estando de servicio.

De 5 de mayo de 2005, en la que se constata que un grupo de policías locales ordenan a un delincuente habitual a introducirse en el vehículo policial sin existir causa para detener, trasladándole a un despoblado donde le propinan una paliza y le conminan a irse de la ciudad.

De 4 abril de 2005, agentes de la autoridad que introducen en un vehículo a un ciudadano extranjero embriagado llevándolo hasta un descampado alejado de la ciudad donde le propinan diversas patadas y golpes, abandonándolo a su suerte, tras permanecer con él al menos unos 20 minutos.

De 24 de marzo de 2004, en la que se incluye como hecho probado que un agente detiene y golpea a quien le recrimina haber aparcado mal el coche.

<sup>975</sup> Como decíamos antes, probablemente con la intención de buscar una menor penalidad de la intervención que ha cometido el funcionario público -en su condición de agente de la autoridad-.

intimidación o la violencia, circunstancias que suelen encontrarse en las detenciones realizadas por los particulares.

Todo lo anterior nos muestra que cuando nos hallamos ante casos prácticamente idénticos, unas veces se integran en el artículo 167.1 , y otras, en el punto 2, o el 4 del artículo 163<sup>976</sup>, con la importante y significativa diferencia de la pena a imponer.

## **5.2.- Remisión del artículo 167 CP al tipo atenuado del artículo 163.4 CP.**

Así pues, analicemos en primer lugar la remisión que hace el artículo 167.1 CP -detención ilegal cometida por funcionario público- a la atenuación establecida en el artículo 163.4 CP -por presentar a la persona ilegalmente detenida inmediatamente ante la autoridad-. El TS aplica tal disminución con la intención de evitar la imposición de una pena que podría oscilar de cinco a seis años<sup>977</sup> -artículo 167.1 CP- e imponiendo en su lugar una inhabilitación absoluta<sup>978</sup>. Tratando con ello, como decíamos antes, de buscar una mayor proporción entre la gravedad de los hechos y la pena impuesta.

---

<sup>976</sup> En importante, no perder la perspectiva de que la detención ilegal es el modo en que, de forma inmediata, se pone a disposición de la autoridad judicial o dependencia policiales, encaja en los puntos 2 y 4 del artículo 163 CP, puesto que en ambos casos la privación de libertad personal ha durado menos de 72 horas, Sin embargo, el TS concede una extraordinaria importancia al hecho de la presentación del sujeto detenido en dependencias policiales, aplicando el 163.4 CP, y en el caso de que la detención sea inferior a las 72 horas se integrará el supuesto en el 163.2 CP.

<sup>977</sup> De ese modo puede interpretarse, a tenor de la pena dispuesta por el TS en su sentencia, de 18 de septiembre de 2012.

<sup>978</sup> Incluso el TS, a través del Acuerdo del Pleno, de 27 de enero de 2009, dispuso que “la remisión que el artículo 167.1 CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último”.

Consideramos, por tanto, que la aplicación de la rebaja de pena del artículo 163.4 CP, que realiza el TS en el delito de detención ilegal del artículo 167.1 CP, causa, en ocasiones, cierta indulgencia con supuestos realmente graves. Provocando, en consecuencia, una imprevisible jurisprudencia del TS.

En principio, sirva como ejemplo, la STS de 28 de enero de 2003, en la que se recoge el supuesto de un agente de la autoridad que actúa con voluntariedad y conciencia de la ilegalidad de la detención (así lo declara el propio Tribunal). Sin embargo, sorprendentemente, el TS aplica la atenuación del artículo 163. 4 CP, aduciendo que los sujetos detenidos fueron trasladados inmediatamente a sede policial poniéndolos a disposición del agente instructor<sup>979</sup>. Lo que se traduce en la imposición de una pena de multa e inhabilitación para los autores del delito. En idéntico sentido está la STS de 3 de marzo de 2009. Veamos seguidamente los razonamientos que hace el TS<sup>980</sup> para respaldar dicha remisión al artículo 163.4 CP

Así pues, el primero -orden que no corresponde a su relevancia-, destaca que el tenor literal del nombrado artículo -en el que cita a “el particular”- no ha de ser entendido como un impedimento para su remisión a un funcionario público.

El segundo, que tal remisión ha de ser considerada exclusivamente al hecho, es decir, a la acción típica. No al sujeto activo.

---

<sup>979</sup> Exponemos seguidamente, sin ánimo de exhaustividad, una serie de SSTS, en la que a pesar del expreso y manifestado dolo del agente actuante -con conocimiento inequívoco de la ilegalidad de la detención- el TS atenúa la pena a los autores argumentando que el traslado ante la autoridad fue inmediato: STS de 12 de marzo de 2001; STS, de 28 de enero de 2003; STS, de 3 de noviembre de 2006; y STS, de 7 de febrero de 2007.

<sup>980</sup> Realizada en la STS, de 3 de marzo de 2009.

El tercero es que el artículo 167.1 CP no impide de forma expresa la posibilidad de tal remisión. Sin embargo, a nuestro parecer, la benevolencia del artículo 163.4 CP está dirigida al supuesto del particular como sujeto activo aplicándole el error de prohibición, no obstante, a nadie se le escapa que tal error es poco aplicable al funcionario público -agente de la autoridad-, técnico cualificado en dichas intervenciones. No es posible la asimilación de un miembro de la FCSE con la actuación de un particular. Desde nuestro punto de vista, la aplicación de la atenuación del artículo 163.4 CP (justificada en la inmediata presentación ante la autoridad), se utiliza de forma equívoca, dado que hay que tener presente que, con anterioridad a tal traslado, ha existido un error de prohibición vencible. Pero aún podríamos resumirlo más, señalando que una acción dolosa resulta gratificada con una atenuación, lo que resulta incompresible.

El cuarto razonamiento es que, ante la duda sobre su correcta interpretación, el TS aconseja que habría de inclinarse por la más beneficiosa para el reo. *In dubio pro reo*. Al respecto, y desde nuestro punto de vista, no nos encontramos, en absoluto, ante una controversia motivada por la interpretación del precepto -perjudicado por una confusa redacción-. En este sentido, dicho artículo no se presta a tal diversidad de interpretaciones.

Por otra, y en sentido contrario a las anteriores resoluciones, podemos mencionar, la STS de 30 de diciembre de 2003. En esta resolución, el TS no aplica la atenuación del 163.4 CP, y considera consumado el delito del artículo 167.1 CP, imponiendo la pena de cinco años de prisión e inhabilitación. Y ello, pese a tratarse de unos hechos prácticamente similares, es decir, agente de la autoridad que detiene con voluntad y pleno conocimiento de su ilícito actuar, trasladando inmediatamente a sede policial.

Para añadir más confusión, el TS justifica dicha decisión alegando que la atenuación del artículo 163.4 CP está dirigida al caso concreto en que el sujeto activo sea un particular, por lo que no puede extrapolarse a la detención arbitraria realizada por un funcionario público (artículo 167.1 CP)<sup>981</sup>.

Así pues, aquéllas y ésta resolución, a nuestro parecer, perjudican la seguridad jurídica y transmiten la sensación de imprevisibilidad e incertidumbre de las sentencias en hechos y circunstancias similares, hasta el extremo de que las argumentaciones jurídicas se manifiestan en un sentido y el fallo de la sentencia se muestra en otro distinto.

Tal diversidad interpretativa, intentó ser corregida por el TS, con el Acuerdo del Pleno del TS de 27 de enero de 2009, que fue concebido con la intención de establecer una base que diese uniformidad y coherencia a tal situación, es decir, para evitar la falta de consonancia entre las distintas resoluciones, manifestando taxativamente que la “compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4 CP, y la remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último”<sup>982</sup>.

De ese modo, una cantidad importante de las sentencias del TS, posteriores a dicho Acuerdo, han adoptado la argumentación de la inmediatez en el traslado del sujeto detenido a dependencias policiales, poniéndolo a disposición de la autoridad -considerando como sujeto activo

---

<sup>981</sup> Sobre esto último, destaca la STS, de 29 de marzo de 2006, en la que se señala expresamente que el dolo existente en el funcionario público -policía- impide, es decir “resulta imposible acogerse a la figura privilegiada de la detención hecha por particular del artículo 163.4”.

<sup>982</sup> SSTS que han tenido en cuenta el Acuerdo del Pleno del TS, utilizando el requisito de “presentarla (a la persona detenida) inmediatamente a la autoridad”, entre otras: STS de 3 de marzo de 2009; STS, de 18 de septiembre de 2012; STS, de 26 de marzo de 2014.

al agente instructor del correspondiente atestado, que será quién pondrá en libertad al detenido ilegalmente<sup>983</sup>.

No obstante, pocos años más tarde la STS 1237/2011, de 23 de noviembre de 2011, declaró que “no toda detención sin causa legal efectuada por un funcionario policial que (el detenido) sea presentado en comisaría será subsumible automáticamente en dicho subtipo”, y continuó argumentando que una prolongación en el tiempo, sin causa legal ni razón alguna, sin que el detenido fuera puesto a disposición de la autoridad, evidencia una caprichosa y “palmaria” arbitrariedad que muestra el dolo del sujeto activo.

En otras palabras, es imprescindible la existencia de un elemento subjetivo consistente en que la autoridad o funcionario actúe con conciencia y voluntad deliberada de practicar una detención ilegal, es decir, de privar de libertad en los casos en que no está permitido por la Ley. Y dicho elemento subjetivo, requerido por el principio de culpabilidad, hay que

---

<sup>983</sup> Entre otras podemos destacar: la STS, de 27 de enero de 2009, en la que se aplica el artículo 163.4 CP fundamentándose en que el traslado del sujeto detenido a comisaría, fue realizado “inmediatamente”; la STS, de 3 de marzo de 2009, en la que se señala que “la conducta del recurrente fue (...) coincidente con la previsión legal establecida en el artículo 163.4, ya que se limitó a conducir a la víctima a las dependencias policiales, donde le presentó, siendo puesto en libertad algún tiempo después por los funcionarios que prestaban servicio en esas dependencias”; la STS, 18, de septiembre de 2012, en la que se dispone que no ha de “desdeñarse la mayor proporcionalidad que (...) se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la autoridad”; y, por último, la STS, 26 de marzo de 2014, en la que se indica que los agentes “se limitaron a conducir a la víctima a las dependencias policiales, donde lo presentaron, siendo puesto en libertad algún tiempo después por los funcionarios que prestaban servicio en esas dependencias”.



configurarlo por medio de los datos externos y circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Como pone de manifiesto la STS 1237/2011-, el citado Acuerdo del Pleno del TS no implica una vinculación de obligado cumplimiento<sup>984</sup>. Es decir, dicha resolución se fundamenta en que la detención se prolongó a lo largo de nueve horas (cinco hasta que fue puesto a disposición del agente instructor y cuatro hasta que fue puesto en libertad), dato que utiliza para argumentar que tal prolongación en el tiempo, sin trasladar ante la autoridad, muestra una caprichosa y “palmaria” arbitrariedad que muestra el dolo del sujeto activo.

En consecuencia, la observancia del Acuerdo continúa adoleciendo de un cumplimiento dispar.

La disparidad en su aplicación, a nuestro parecer, no es consecuencia de la norma, sino de una parte del TS que trata de moderar la sanción penal –entendemos que por considerar excesiva la pena establecida en el artículo 167.1 CP-, aplicando un precepto u otro, en atención a la pena final que puede resultar. Suponemos que, con la

---

<sup>984</sup> Señala la STS 1237/2011, de 23 de noviembre de 2011, que “la STS de 3 de marzo de 2009 que citan los recurrentes declara que la remisión del artículo 167 CP. “a los artículos anteriores”, alcanza también al artículo 163.4 CP., pero no que toda detención sin causa legal efectuada por un funcionario policial que sea presentado en comisaría deba subsumirse automáticamente en dicho subtipo. En nuestro caso, la privación de libertad de la víctima fue palmariamente arbitraria, caprichosa y con plena conciencia de su ilegalidad, extendiéndose durante nueve horas sin causa legal ni razón alguna y sin que el detenido fuera puesto a disposición de la Autoridad (policial) de manera inmediata, sino al cabo de cinco horas. Y debe señalarse que la misma sentencia invocada por los recurrentes en apoyo de su censura casacional establece que “cuando con plena conciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4º del artículo 163”.

intención de facilitar el respeto al principio de proporcionalidad, puesto que tal proceder evita la imposición de una pena de cuatro años de prisión - artículo 163.1 CP- para una actuación que causó una privación de libertad personal breve y transitoria, en la que el agente puso, al sujeto detenido, inmediatamente a disposición de un agente instructor –es decir, ante la “autoridad”-.

En línea con lo anterior, nuevamente, sostenemos que la diferencia penológica de las distintas sentencias, deriva de la predisposición de la Sala del TS a la hora de penar con mayor o menor gravedad. Probablemente, como consecuencia de que nos encontramos ante hechos y situaciones que si bien pueden guardar muchas similitudes, suelen prestarse a la casuística. Ya destacó el TS en su sentencia de 3 de marzo de 2009, que la pena de inhabilitación entre ocho y doce años de duración -representa para el funcionario público la pérdida de su profesión- resulta una pena de suficiente entidad como para infravalorarla en cuanto a su efecto como sanción penal.

Queremos destacar también la asiduidad con que el TS suele utilizar la brevedad de la detención como una justificación apropiada y bastante como para respaldar una aminoración de la pena. Sorprende, aún más, cuando dicha indulgencia en la sanción no se utiliza para los casos en que, es el particular, el sujeto activo -obviando el punto 2 del artículo 163 CP-.

Llegados a este punto, destacamos el hecho de que existe la posibilidad de hacer una doble interpretación del proceder del agente de la autoridad; por una parte, considerarlo como un posible error de prohibición vencible que afecta, directamente, a los presupuestos que establece el artículo 490 LECR, respecto de la justificación de una detención<sup>985</sup>. Y, por

---

<sup>985</sup> REBOLLO VARGAS, R.: Comentarios al Código penal, Tomo Primero, editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, página 184.

otra, entenderlo como un “exceso doloso”<sup>986</sup>, es decir, actuar con la libre voluntad y plena conciencia de que la actuación no está justificada legalmente<sup>987</sup>.

Seguidamente, nos detendremos en la cuestión de si el artículo 163.4 CP realmente dispone un supuesto de error de prohibición sobre los presupuestos de una causa de justificación

A este respecto, una parte de la doctrina considera que, efectivamente, ello constituye un supuesto de error vencible, por todos, QUERALT JIMENEZ<sup>988</sup>.

Otra parte de la doctrina no comparte tal postura, y considera que constituye un supuesto de actuación dolosa, que resulta beneficiada por el mero hecho de presentar ante la autoridad al sujeto detenido ilegalmente. Sobre esto, señala QUINTERO OLIVARES que el sujeto activo comete un delito que no puede ampararse en los supuestos que permiten la detención inmediata -artículo 490 LECR-<sup>989</sup>. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLÉS opina que el artículo 163.4 CP dispone un tipo penal que permite una conciencia de la antijuridicidad<sup>990</sup>, postura a la que nos acercamos, puesto que a nuestro juicio existe noción de actuar de modo ilícito.

---

<sup>986</sup> En términos utilizados -con acierto- por BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones...op. cit., página 7.

<sup>987</sup> CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 39.

<sup>988</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español...op. cit., página 214. Sin embargo, consideramos oportuno mencionar los siguientes autores que se pronuncian en este mismo sentido; MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial...op. cit., página 152, y LAMARCA PÉREZ, C., Delitos. La parte especial del Derecho penal, editorial Dykinson. Madrid, 2016, página 114.

<sup>989</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Código penal español, Tomo Uno, editoriales Cizur Menos, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, página 1132.

<sup>990</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Comentarios al Código penal...op. cit., página 766.

Por último, añadir la opinión que mantienen al respecto BOLEA BARÓN y ROBLES PLANAS quienes consideran que, tal precepto, no regula un supuesto de error, por lo que remiten a las reglas generales. En su opinión, el beneficio que se establece se fundamenta en la escasa duración de la privación de libertad, ello bajo la circunstancia de que el sujeto detenido ha sido puesto a disposición de la autoridad inmediatamente<sup>991</sup>.

Sin embargo, dicho todo lo anterior, debemos exponer unas excepciones que podrían marcar de nuevo un cierto giro, por parte del TS, en la aplicación de tal remisión, retomando la interpretación de que la ilegalidad de la detención (por arbitraria) y la falta de justificación legal para ejecutarla, impiden la aplicación del apartado 4 del artículo 163 CP, con la pérdida de dicho privilegio penológico.

En primer lugar, ello ya tuvo su primer reflejo en el Auto número 219/2013, de 17 de enero, en él considera que -aunque, sin obviar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 27 de enero de 2009- “es suficiente con leer la narración fáctica contenida en la Resolución recurrida para comprobar que la conducta del recurrente no fue precisamente coincidente con la previsión legal establecida en el repetido apartado 4 del artículo 163 CP. La descripción de los hechos probados, en efecto, no deja margen para la duda. Bajo ningún prisma o aspecto estaba justificada la detención”, y continúa señalando que la posterior presentación en dependencias policiales “no excluye que la detención carezca de causa, no mediaba causa por delito y respondió exclusivamente a un enfrentamiento privado entre el acusado y el perjudicado, llevada a cabo con evidente abuso de la condición de la autoridad”.

---

<sup>991</sup> BOLEA BARÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones...op. cit., página 23.

Y, en segundo, y en este mismo sentido, años después, el TS<sup>992</sup> se pronuncia de nuevo, afirmando que el artículo 163.4 CP contiene ciertos inconvenientes en cuanto a su aplicación e interpretación, resultando (a juicio del TS) complicada su diferenciación del apartado 1 de dicho precepto, dado que no parece que exista justificación para tal desigualdad de pena.

En otras palabras, el TS está utilizando, en términos generales, la remisión al artículo 163.4 CP, de forma tal que, analizando las penas impuestas en las distintas resoluciones, podría llegarse a la conclusión de que solo existe un tipo penal que integre el delito de detención ilegal cometida por funcionario público. Disponiendo una pena de multa y de inhabilitación absoluta -aplicando el artículo 163.4 CP- y de inhabilitación especial -aplicando el artículo 530 CP-.

Por tanto, podemos afirmar que, como norma general, el TS está eludiendo en la práctica la aplicación del apartado 1 del artículo 167 CP. Sospechamos que por considerarlo dotado de una pena elevada.

---

<sup>992</sup> En su sentencia 279/2017, de 19 de abril, Fundamento Jurídico 16 dispone que “una vez alcanzada esta conclusión la calificación alternativa propuesta por el recurrente en el motivo segundo carece de viabilidad. Es cierto que el apartado cuarto del artículo 163 “-el particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarle inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses-” es también aplicable conforme a la doctrina de esta Sala acordada en el Pleno Jurisdiccional de 27/01/2009 “-la remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último” (ver STS 197/2009 )- a la autoridad o funcionario público que comete el delito de detención ilegal previsto en el artículo 167, pero en el caso, como ya hemos señalado, carece de soporte fáctico, con independencia de que dicho apartado 4º, que constituye un tipo muy privilegiado, presenta algunas dificultades de interpretación puesto que puede asociarse al error de prohibición o a una causa de justificación y en todo caso si no fuese así es difícil distinguirlo del apartado 1º del artículo 163, pues la desproporción de la pena entre uno y otro no parece justificada”.

### **5.3.- Remisión del artículo 167 CP al tipo atenuado del artículo 163.2 CP**

Como hemos visto, el citado artículo prevé una pena atenuada en el caso de que concurran los siguientes presupuestos:

- Que la privación de libertad personal no supere las 72 horas.
- Que la finalización de tal privación de libertad pueda ser imputada directamente a una conducta del autor.
- Que, con dicha actuación, .no se haya cumplido el objetivo propuesto por parte del actor,

Nos fijaremos a continuación, en las argumentaciones que hace el TS en cuanto a la aplicación del artículo 163.2 CP -tipo atenuado- en los casos de detención ilegal del artículo 167.1CP.

Opina el TS, en cuanto a la interpretación y aplicación que debe realizarse del artículo 163.2 CP, que cuando los actos se realizan directamente encaminados a la ejecución del tipo “a título de autor concertado y coordinado con el resto de los condenados, (...) el elemento objetivo del tipo penal se cumple nítidamente”. Y, en cuanto al tipo subjetivo, “el dolo de dicho delito consiste en tener conocimiento de la privación de libertad ambulatoria de otra persona y persistir en la decisión de ejecutar los hechos descritos, y, siendo ello así, es indiferente cual fuese el propósito del autor para ejecutar los mismos (SSTS 1542/97, de 16/ 12 o 1239/99, de 21/07, que se refiere expresamente a la anterior)”. Advierte el TS que, en ocasiones, los recurrentes suelen confundir el móvil con el dolo. Distinción que, en nuestra opinión, resulta evidente en éste precepto<sup>993</sup>.

---

<sup>993</sup> STS 1564/2002, de 7 de octubre de 2002, Fundamento de Derecho 6.

Se trata de una degradación que utiliza el TS<sup>994</sup>. Sin embargo, dentro del mismo punto: estamos antes dos circunstancias distintas, por una parte, “si diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención”, y por otra, “sin haber logrado el objeto que se había propuesto”. Bastaría uno solo para la disminución de la pena. Sin embargo, el requisito de la duración máxima, es absolutamente imposible que se relativice o suavice su exigencia. Sobre ello es necesario destacar que el TS<sup>995</sup> ha flexibilizado la aplicación de las exigencias a la hora de aplicar el

---

<sup>994</sup> Así se desprende de la sentencia del TS 727/2016, de 30 de septiembre, en la que se señala que “en cuanto al subtipo atenuado, el artículo 163.2 del Código Penal se refiere a los supuestos en que el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, asignando una pena inferior en grado a la prevista para el tipo básico. El primero de los requisitos exigidos por el tipo atenuado es que sea el autor quien da libertad al detenido o encerrado, lo que excluye los casos en los que sea la actividad de la víctima o la intervención de terceros lo que ocasiona la cesación de la situación de detención. Además, esa decisión del autor ha de ser voluntaria y libre, en el sentido de que no venga impuesta por las circunstancias. Como se decía en la STS nº 787/2012, de 18 de octubre, “... ha de precisarse que, una vez consumada la detención, el tipo aplicable es el previsto en el artículo 163.1 del Código Penal, que es el que describe la conducta típica, de forma que solo puede acudir al tipo atenuado cuando queden acreditados los presupuestos fácticos necesarios, es decir, la no superación del límite temporal de las 72 horas y la no obtención del objeto que el autor se hubiera propuesto. Dicho con otras palabras, no se trata de comenzar por el tipo atenuado y exigir la demostración de la voluntad de ir más allá de las 72 horas de detención, y la inexistencia de un propósito determinado o su no obtención, para aplicar el tipo básico. Antes, al contrario, el tipo básico no requiere como elemento del tipo subjetivo la voluntad de prolongar la detención por más de 72 horas; es el tipo atenuado el que se relaciona con la indiscutible voluntad de no superar ese plazo”.

<sup>995</sup> De ese modo se pronuncia el TS en su sentencia 814/2016, de 28 de octubre, en que declara que “el artículo 163.2 Código Penal establece la pena inferior en grado a la fijada para el delito de detención ilegal en el párrafo 1º, cuando el culpable diera libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Se configura así como un tipo privilegiado que tiene su fundamento en la oportunidad criminológica de favorecer el desistimiento desde un cierto arrepentimiento que -precisamente por ello- exige de tres condiciones fijadas

punto 2 del artículo 163 CP. En esta postura, se sitúa RAMÓN RIBAS, cuando manifiesta que “considera posible la construcción de una detención ilegal del artículo 167.1 CP referenciándola al tipo atenuado del artículo 163.2 CP”<sup>996</sup>.

Es de destacar que una parte importante de la doctrina<sup>997</sup> entiende que este punto 2 tiene naturaleza jurídica de desistimiento -cumpliendo los requisitos de no consecución del objetivo y liberación voluntaria del autor-.

Resulta perfectamente asumible que, en un elevado porcentaje de las detenciones ilegales cometidas por los agentes -encuadrables en el

---

expresamente por el legislador: 1) Que sea el autor quien dé libertad al detenido o encerrado; 2) Que el autor no haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues en caso contrario la privación de libertad de la víctima carece ya de interés para aquel y su conducta viene despojada del desistimiento o arrepentimiento que la norma pretende privilegiar y 3) Que la liberación de la víctima tenga lugar en el plazo de 72 horas, por contemplarse por el legislador que más allá de ese plazo, la afectación del bien jurídico individual que el tipo penal protege, resulta tan marcada, grave y profunda, que no se justifica un trato privilegiado al responsable, por más que concurren el resto de presupuestos antes analizados.

<sup>996</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 273.

<sup>997</sup> Por todos: QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Código penal español...op cit., página 1.131; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español...op. cit., página 212.

Sobre ello queremos destacar la particular visión de MUÑOZ CONDE, quien opina que “en realidad estamos ante un caso de reparación del daño -con similitudes cercanas a la atenuante del artículo 21.5 CP”. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal, Parte especial...op. cit., página 152.

Sin embargo, no compartimos tal posición, porque en el mero hecho de la puesta en libertad personal, no puede existir una auténtica reparación por el tiempo que se ha permanecido privado de libertad, a nuestro juicio, una cosa es la recuperación de la libertad personal subsiguiente, y otra la reparación por la libertad perdida, no disfrutada.



artículo 167.1 CP-, la propia detención es el objetivo<sup>998</sup>, y la duración menor de las setenta y dos horas es la norma general, como consecuencia del artículo 17 CE, y no de una decisión libre y autónoma, bien del agente que ha detenido o del agente instructor del atestado. Por lo que, estimamos, según nuestro parecer, que la aplicación de este tipo atenuado es difícilmente asimilable. El único supuesto sería en el caso de que realmente hubiese habido un objetivo perseguido y ajeno a la detención y a la propia privación de libertad personal y éste no se hubiese alcanzado.

Por su parte, el TS ha utilizado la justificación del arrepentimiento del agente para la aplicación de éste punto<sup>999</sup>, entendemos que buscando con ello una disminución de la pena.

---

<sup>998</sup> Por nuestra parte distinguimos claramente entre el objetivo que se pretende a través de la detención y cuando el objetivo es la detención en sí misma -lo que afectará a la remisión del artículo 163.2 CP, por lo que nos sumamos a la postura defendida por BOLEA BARÓN y ROBLES PLANAS, quienes sostienen que “el objeto (objetivo) propuesto no puede identificarse con la propia detención, sino que debe ir más allá de ella, de forma que no siempre se dará este elemento. Tampoco debe vincularse a la comisión de otro delito que conlleve necesariamente una privación de libertad. Así, el elemento condicional “sin haber logrado el objeto propuesto” debe ser interpretado como “siempre que lo hubiera”. De no aceptarse esta interpretación, no se explicaría por qué le resulta más favorable al sujeto detener con una finalidad más allá de la detención que sin ella, cuando es más reprochable lo primero que lo segundo”. BOLEA BARÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones...op. cit., página 24

<sup>999</sup> En este sentido se manifiesta en su sentencia, 641/2012, de 17 de julio de 2012, en la que el TS alude al hecho de que la puesta en libertad se lleva a cabo por decisión propia y libre del autor. Señala en su Fundamento Jurídico 4 que “esta Sala, en Sentencias 1548/2004, de 27 de diciembre y 1024/2010, de 23 de noviembre, (...) se inclina por la aplicación del artículo 163.2 del Código Penal, señalando que la privación de libertad con la pura finalidad de causar a la víctima el perjuicio causado por la propia detención encajaría en este tipo atenuado si la puesta en libertad se produce de manera voluntaria antes del transcurso de tres días, indicando asimismo razones de proporcionalidad de la pena. Así en la primera de las Sentencias mencionadas se declara que en los casos en los que no sea apreciable otro objeto

Sobre esta aplicación del punto 2 del artículo 163 CP, destacamos la reciente opinión expuesta por RAMÓN RIBAS quien señala que “estimo correcta, la tesis jurisprudencial que aplica el artículo 163.2 CP a las detenciones carentes de objeto distinto de la privación de libertad en sí misma, en la que el culpable puso en libertad, directa o indirectamente, a la persona encerrada o detenida”<sup>1000</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, asimilar tal arrepentimiento<sup>1001</sup> a los requisitos del 163.2 CP resulta forzado en el supuesto de las detenciones ilegales cometidas por agentes de la autoridad en acto de servicio. No discutimos la valoración de la voluntaria puesta en libertad del detenido, como elemento mitigador de la pena, sino que la privación de libertad personal es un delito de consumación instantánea y, generalmente, el objetivo pretendido por el agente policial, es la propia e inminente privación de libertad personal. La detención del sujeto, su inmediato traslado a comisaría y la puesta a disposición de los agentes que se encargan de la tramitación del atestado que, por otra parte, su correcta actuación instructora debería impedir que se superen las setenta y dos horas de duración. Es decir, el objetivo habría sido logrado si su única intención fue una mera y “aleccionadora” privación de libertad personal, que en la

---

en la detención que la misma privación de libertad de la víctima, el subtipo atenuado será aplicable siempre voluntariamente el autor dé libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención. Y en la segunda se expresa que en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que, en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días”.

<sup>1000</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 278.

<sup>1001</sup> En línea con el propio TS, lo consideramos como una atenuante, más que como un desistimiento.

mayoría de los casos -siendo conocedor de su falta de causa legal- durará horas.

En esta línea se sitúa RAMÓN RIBAS<sup>1002</sup>, quien advierte que “mientras los funcionarios públicos que practican detenciones fuera de los casos permitidos por la ley son castigados a través de la vía del artículo 530 CP cuando media causa por delito, los particulares que carecen de una vía paralela a ésta, serán castigados a través de los artículos 163 y siguientes”. Dicho autor a su vez, también, utiliza las palabras de PORTILLA CONTRERAS, para quién existe una “trato de favor a los funcionarios y un retorno, por vía doctrinal, a la situación de privilegio vivida por los funcionarios en el período anterior a la reforma del Código Penal de 1995”<sup>1003</sup> -palabras a la que, por nuestra parte, debemos concederle la visión que nos confieren 30 años de desarrollo normativo y jurisprudencial, sin embargo, las consideramos válidas para respaldar nuestra postura-.

Entendemos que el TS para evitar la pena de prisión, se apoya en la naturaleza de los hechos; en su gravedad o en el uso de la violencia.

Una vez más observamos que del análisis de las sentencias del TS, se desprende la posibilidad de que lo perseguido por éste, es la búsqueda de una rebaja de la pena, y después de ello, la búsqueda de la justificación más adaptable para respaldar su decisión. Ello como consecuencia de que existe una amplia diferencia en la gravedad de las penas entre los artículos que regulan las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos.

Coincidimos con JAREÑO LEAL<sup>1004</sup>, cuando sostiene que el TS, generalmente, aplica los distintos supuestos del artículo 163 CP,

---

<sup>1002</sup> *Ibíd*em, página 287.

<sup>1003</sup> PORTILLA CONTRERAS, J.: El delito de práctica ...op. cit., página 236.

<sup>1004</sup> JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida...op. cit., página 41.

pretendiendo con ello una disminución de la pena, en las detenciones ilegales establecidas por el artículo 167.1 CP.

Ahora bien, si plateásemos como propuesta a futuro, la creación de un tipo atenuado aplicable a los supuestos menos graves del artículo 167.1 CP, como esta autora aconseja acertadamente, ello solucionaría en parte la actual utilización desigual de tales preceptos, pero nos tememos que una de las causas que también la provocan son la amplia variedad de circunstancias modificativas que rodean a los supuestos de detención ilegal por agentes de la autoridad.

Todas estas circunstancias, ponen de manifiesto que la detención ilegal cometida por agentes de autoridad, constituye un tipo que genera una casuística muy extensa y variada que precisaría una amplia escala penológica que permitiese a los Tribunales adecuar la pena al hecho concreto, ello en atención al principio de proporcionalidad.

#### **6.- Distinción entre los tipos penales de los artículos 167 y 530 CP**

Es conveniente no perder de vista la gran diferencia existente entre las penas establecidas en los artículos 167 y 530 CP, puesto que en el primero será prisión en la mayoría de los casos y además, la inhabilitación

absoluta<sup>1005</sup>; por el contrario, en el 530 CP no tiene prevista pena alguna de prisión, tan sólo se establece una inhabilitación especial<sup>1006</sup>.

En un principio podría pensarse que el fundamento de la penalidad más favorable establecida al autor del tipo del 530 CP se basa en que el ataque a la libertad personal es menos directo, dado que se deriva del incumplimiento de los derechos y exigencias que envuelven a la detención. Al mismo tiempo, como veíamos *ut supra*, el bien jurídico de ambos preceptos difiere, puesto que en el artículo 167 CE es la libertad personal, y en el 530 CP se añade la vulneración de los derechos legales y las garantías constitucionales. Sin embargo, en nuestra opinión, la redacción de tales preceptos se presta a debate respecto de su correcta interpretación<sup>1007</sup>.

Es decir, entendemos que estamos ante una zona brumosa y sujeta a diferentes apreciaciones y conclusiones singulares para cada supuesto concreto, resultando, en ocasiones, difícil, apreciar con nitidez la existencia del requisito que distingue los dos tipos de detención cometida por funcionario “mediando, o no, causa por delito”. por lo tanto, en los siguientes apartados trataremos de arrojar luz sobre ello y otras cuestiones relacionadas.

---

<sup>1005</sup> Así pues, el artículo 167 CP tiene establecida la imposición de una pena, en el supuesto de que el delito cometido sea el tipo básico de detención ilegal, de prisión de 5 a 9 años. Asimismo, dispone en su punto 3 que “en todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

<sup>1006</sup> Artículo 530 CP “será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

<sup>1007</sup> Consideración que ya adelantó MUÑOZ CONDE en 2004, cuando señaló “las dificultades a la hora de diferenciar entre los distintos supuestos de detención cometida por la autoridad o funcionario público”. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, Parte Especial, 15ª editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 179.

Podemos afirmar que una de las diferencias importantes entre los artículos 530 y 167 CP, está en que en el primero la detención se transforma en ilegal -cuando en un principio se trataba de una actuación ajustada a la legalidad establecida- y, por el contrario, en el 167 CP la detención es ilícita desde el primer instante.

El artículo 530 CP habla de que la conducta se realice “con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”, mientras que el artículo 167 CP nada establece al respecto.

El TS<sup>1008</sup> se ha pronunciado sobre ello declarando que las privaciones de libertad establecidas en el artículo 167 constituyen irregularidades de fondo, es decir, materiales. Y que las actuaciones recogidas en el artículo 530 se especifican por la formalidad de la detención. Del mismo modo, y siguiendo con la opinión del TS<sup>1009</sup>, queda fuera de las conductas tipificadas en el artículo 530 CP la inobservancia de la garantía de informar de los derechos -del artículo 520 LECR,- que le conciernen al sujeto detenido ya que dicha actuación es objeto de tipificación expresa en el artículo 537 CP<sup>1010</sup>.

El instante en que la detención se convierte en ilegal es distinto en ambos artículos. En el artículo 530 CP el momento será cuando se acuerde, practique o prolongue la privación de libertad con violación de los plazos o

---

<sup>1008</sup> STS 231/2009, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 1.

<sup>1009</sup> STS 1371/2001, de 11 de julio, Fundamento Jurídico 3.

<sup>1010</sup> Artículo 537 CP “la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años”.

demás garantías constitucionales o legales, mientras que en el 167 CP es instantáneo.

En otras palabras el artículo 530 tipifica una detención que es legal en el fondo, pero ilícita en la forma -plazos, trato, denegación de derechos del detenido, etc.- y, el artículo 167, cuando no exista causa alguna que justifique la privación de libertad personal -detención-<sup>1011</sup>.

Entiende RAMÓN RIBAS que “el principal criterio de clasificación seguido por el Código penal no es la circunstancia de que las detenciones se hubieren practicado en los casos permitidos por la ley o fuera de ellos, sino el hecho de que hubieren ejecutado mediando, o no, causa por delito”<sup>1012</sup>. Opinión que compartimos. Otra cosa, bien distinta, será el análisis de dicha “causa por delito” respecto de su calificación jurídico-penal; valoración en cuanto a su gravedad; o incluso, creación *ad hoc* por parte de propio agente de dicha causa previa.

En relación con esto último, diremos que, en ocasiones, la motivación de la detención se justificará con razonamientos y argumentos que se expondrán en el atestado realizado por los agentes instructores, los cuales podrán presentar una versión diferente a la sucedida en la realidad, con la clara intención de tergiversar los hechos dándoles apariencia de posible comisión de un delito, para que ello les proporcione la cobertura legal, lo que necesariamente conducirá a la defensa del detenido a tratar de mostrar la falsedad de dicho atestado. Circunstancia que quedó patente con la STS 694/2016, de 27 de julio, en la que se consideró que medió causa por delito desde que se diligenció dicho atestado falso.

---

<sup>1011</sup> Por todas; STS 1332/2006, de 27 de febrero de 2006.

<sup>1012</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 49.

Circunstancia que consideramos errónea, puesto que, de ser así, siempre que, con conocimiento previo de la ilegalidad de la actuación, un agente detuviese a un sujeto fuera de los casos permitidos por la ley, no podría aplicársele nunca el artículo 167 CP cuando posteriormente redactase un atestado alegando como motivo de la detención la existencia de indicios racionales de delito, sirviéndose, a partir de ese instante, en la existencia de dicho atestado como si mediase causa. En este mismo sentido se expresa RAMÓN RIBAS<sup>1013</sup>.

Por tanto, en el supuesto de que se demuestre la falsedad de dicho documento público estaremos ante el tipo del artículo 390.1.4º CP, concurriendo *mutatio veritatis* con dolo<sup>1014</sup>. Sobre ello también se ha pronunciado el TS declarando que la condena por ambos delitos, no representa una violación del principio *non bis in ídem*, dado que estamos ante dos bienes jurídicos distintos, por un lado, la libertad ambulatoria, y, por otro, la fe pública o confianza que el conjunto de la sociedad tiene en la verosimilitud y valor probatorio de los documentos oficiales<sup>1015</sup>.

---

<sup>1013</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 348.

<sup>1014</sup> En esta línea se pronuncia la sentencia 16/2016, de la Audiencia Provincial de Baleares, de 15 de febrero de 2016.

<sup>1015</sup> El TS en su sentencia 279/2017, de 19 de mayo de 2019, respecto de la falsedad del atestado, señala en su Fundamento de Derecho 5, que no es posible “llegar a otra conclusión que la conciencia y voluntad de transmutar la verdad porque no otra cosa significa ocultar la escenificación de los hechos preparada por el ahora recurrente y los acusados mencionados más arriba, luego el elemento subjetivo del delito fluye naturalmente de lo anterior. Se trata de un supuesto de autoría mediata previsto en el artículo 28, párrafo primero CP, cuando declara autores no solo a quienes realicen el hecho por sí solos o conjuntamente sino también al que lo realiza por medio de otro del que se sirve como instrumento. Teniendo en cuenta su condición de funcionario, como tal comparece en la comisaría ante el instructor del atestado, se invierten los papeles de forma que el que aparece como autor material del atestado realiza una conducta atípica por falta de concurrencia del tipo objetivo consecuencia del engaño de que es objeto y es el hombre de atrás, autor mediato, el que se convierte en verdadero ejecutor del hecho delictivo.



Por una parte, como ya hemos visto, el artículo 167 posee una doble exigencia; que se lleve a cabo “fuera de los casos permitidos por la Ley”; y

---

En relación con la calificación de estos hechos el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas había apreciado un delito de denuncia falsa del artículo 456 CP en concurso ideal ex artículo 77.1 con el delito de falsedad de documento oficial del artículo 390.1.4 CP , considerando como responsables del mismo en concepto de autores a los agentes comparecientes que intervinieron en la detención ilegal. Esta calificación de la acusación pública era correcta como en principio parece admitir la sentencia en el fundamento decimocuarto, citando precisamente nuestra jurisprudencia. Sin embargo la desestima, invocando la sentencia de 23 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo (STS 415/2005), por entender que se infringe el principio "*non bis in idem*" si los hechos se califican como detención ilegal y acusación y denuncia falsa "en la medida que la falsa imputación de un hecho es doblemente valorada como presupuesto de la acusación y la denuncia como presupuesto de la detención ilegal, vulneración que no se produce en el delito de falsedad documental". Sin embargo, este argumento no puede ser compartido por cuanto los hechos subsumibles en la detención ilegal, por una parte, y los que lo son en la acusación o denuncia falsa, por otra, además de ser sucesivos, tienen un asiento fáctico distinto pues una cosa es la acción naturalística consistente en la detención ilegal, que no exige móvil o intención alguna independiente de la privación de libertad, y otra distinta la constituida por la declaración de voluntad dirigida a falsear la verdad ante un funcionario público, por lo que el apoyo fáctico de uno y otro tipo es diferente, como lo es el bien jurídico de cada uno de los delitos cuya superposición de hecho se aduce, la libertad en el primero y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como valor abstracto y supraindividual, preservando los riesgos que comporta el falso testimonio y las posibles desviaciones de las decisiones judiciales en el segundo (ver SSTS 327/2014, fundamento séptimo , o 901/2016, fundamento segundo 2.1 ).

Tampoco la STS 415/2005 es exactamente aplicable al presente caso. En la misma (fundamento tercero) se afirma que «la calificación de los hechos en la detención ilegal y en la acusación y denuncia falsa, puede ser vulneradora del principio "*non bis in idem*", en la medida en que la falsa imputación de un hecho es doblemente valorada como presupuesto de la acusación y denuncia falsa y como presupuesto de la detención ilegal». Pero en el presente caso sucede que la detención ilegal se antepone a la acusación y denuncia falsa y no es consecuencia de ésta como en el caso de la sentencia citada”.

“sin mediar causa por delito” y, por otra, el artículo 530 exige, exclusivamente, que la detención se haga “mediando causa por delito”.

En cuanto al requisito de la existencia previa de “causa por delito”, advierte JORGE BARREIRO que dicha palabra resulta “de difícil concreción y que dificulta la comprensión de la significación de los preceptos mencionados”, y añade que, “el criterio de distinción debería estar basado en la finalidad -bien pública o privada- que dirige el comportamiento de la autoridad o funcionario público”<sup>1016</sup>.

Ante la cuestión de la necesidad de que exista un procedimiento judicial abierto, hay una parte de la doctrina que así lo sostiene, entre otros DIAZ-MAROTO y VILLAREJO <sup>1017</sup>, y, otra que afirma que no será imprescindible la existencia de un previo procedimiento, siendo suficiente que hayan sospechas o indicios racionales de criminalidad<sup>1018</sup>.

Al respecto RAMÓN RIBAS afirma que “a mi juicio, en cualquier caso e insisto en ello, mediar causa por delito no equivale a afirmar que existe una causa penal formalmente incoada o, si se sostiene una interpretación extensiva (¿analogía quizá?) de tal expresión, diligencias ordenadas por el Ministerio Fiscal o, en su caso, exclusivamente policiales, sino que, estando

---

<sup>1016</sup> JORGE BARREIRO, A.: Comentarios al Código penal, editorial Civitas, Madrid, 1997, páginas 482 y 483.

<sup>1017</sup> DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, L.: Compendio de Derecho penal, Parte Especial, Volumen II, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998, página 53.

<sup>1018</sup> En esta línea se posiciona CLIMENT DURAN, afirmando que “existe causa por delito cuando, constando un hecho delictivo que esté al menos racionalmente indiciado y que sea imputable a una o varias personas, se produce una actuación policial o judicial dirigida a la averiguación de ese hecho o al aseguramiento de la persona o personas presuntamente responsable”. CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 83.

o no incoada tal causa, o habiéndose practicado o no tales diligencias, concurre un supuesto legal de detención”<sup>1019</sup>.

Añade dicho autor, sobre el hecho previo de mediar causa por delito que “es evidente que tal circunstancia no aparece si el autor actúa con conocimiento de que no existen indicios racionales de criminalidad. Inventar tales indicios, cometiendo falsedad en su caso en un documento público, es decir, en un atestado, no puede sustituir aquella objetiva falta de mediación de causa por delito. Enmascarar o disfrazar los hechos de delito no puede beneficiar al autor”<sup>1020</sup>. Opinión que compartimos.

Sobre la valoración de la existencia de “causa por delito”, opina JAREÑO LEAL que dicho análisis ha de hacerse *ex ante*<sup>1021</sup> (es en ese instante cuando habrá de valorarse si el agente actuante tenía motivos racionales bastantes para concluir la existencia de un delito o la participación del sujeto detenido en su comisión). Dicha postura coincide con la jurisprudencia del TS, que declara que “la valoración de la legalidad debe realizarse necesariamente con un juicio *ex ante*, que debe recaer sobre los hechos concurrentes en el momento de practicar la detención, siguiendo criterios de racionalidad y ponderación”<sup>1022</sup>. Nos sumamos a dicha postura, sin duda alguna. En consecuencia, será en el momento de la detención cuando el agente actuante tenga indicios<sup>1023</sup> suficientes para

---

<sup>1019</sup> RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 349.

<sup>1020</sup> RAMÓN RIBAS. E.: *Ibidem*.

<sup>1021</sup> JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal...op. cit., página 7.

<sup>1022</sup> Auto del TS de 16 de julio de 2009, y STS de 4 de febrero de 2011.

<sup>1023</sup> Al respecto, es necesario tener en cuenta que dichas sospechas o indicios, no pueden ser infundados o injustificados. Señala el TS en su sentencia de 2 de febrero de 1996 que “la causa por delito que fundamenta la detención del artículo 492.4 LECR debe tener una base fáctica objetiva y no debe basarse en la mera sospecha u opinión subjetiva del agente de la autoridad”.

pensar que existe delito, con independencia del resultado de las diligencias de investigación concluyan que se trataba de un delito leve.

En suma, “mediar causa por delito” significa, siguiendo la doctrina invariable del TS, que estamos ante un supuesto legal de detención, es decir, una de las causas previstas por la Ley que autorizan, o exigen a realizarla.

Sobre las circunstancias de “sin mediar” –artículo 167 CP- y “mediando” –artículo 530-, se manifiesta el TS<sup>1024</sup>, señalando que se trata de la existencia previa de actuaciones que estén relacionadas con la comisión de un delito. Se dispone en el artículo 167 CP que la ilegalidad se produce desde el instante en que se lleva a cabo la detención con conciencia de que se realiza de forma ilegal, al tiempo que en el artículo 530 CP la ilegalidad no se origina hasta que se contravienen las garantías legales o constitucionales, por lo que la detención ejecutada desde el principio, era completamente legal y estaba justificada.

En definitiva, por nuestra parte entendemos que no se requiere la constancia de un previo procedimiento, en primer lugar, porque la propia LECR dispone en el artículo 492 la obligatoriedad de detención (sin proceso existente) *-per se*, justificación suficiente- y, en segundo lugar, porque las actuaciones y diligencias de los agentes de las FCSE dirigidas a la investigación y esclarecimiento de los delitos cometidos, tienen, asimismo, los caracteres propios de causa por delito.

Llegados a este punto, veamos a continuación este supuesto y la expresión “por delito”. Con dicha expresión surge la cuestión de si ha de

---

<sup>1024</sup> STS 883/2008, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico 1. El TS deja claro que es una expresión que “debe entenderse como la inexistencia de unas actuaciones, investigación o diligencias que hayan sido iniciadas a consecuencia de la comisión de un delito de las que resulten méritos para la detención del sujeto activo”

interpretarse en sentido amplio o, por el contrario, en sentido estricto. Es decir, valoraremos si la expresión “mediando causa por delito”, ha de incluir los delitos leves.

Nos adentramos en lo que BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS denominaron “zona gris”, es decir, un terreno indefinido en el que se sitúa la detención que se realiza en los casos de delitos menos graves o leves, supuestos en que, en atención a la normativa procesal, no es precisa la detención preventiva -en su condición de medida cautelar-, encontrándonos en una situación de incertidumbre en cuanto a la aplicación del tipo penal de los artículos 167 o 530 CP.

A este respecto, se encuentra dividida la doctrina. De un lado, y en atención a lo dispuesto en el artículo 492.3 CP<sup>1025</sup>, ALONSO PÉREZ<sup>1026</sup> y QUINTANAR DÍEZ<sup>1027</sup>, se posicionan en la línea de qué delito ha de ser interpretado como infracción penal genérica que incluiría los delitos leves.

En idénticos términos se expresan HERNANDEZ GARCÍA y RAMÍREZ ORTÍZ, para quienes “si, es posible proceder a la detención por delitos leves con carácter general”, señalando que ello es como

---

<sup>1025</sup> Artículo 492.3 CP “al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

<sup>1026</sup> ALONSO PÉREZ, F.: Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal, editorial La Ley - Actualidad, Madrid, 1997, página 102.

<sup>1027</sup> QUINTANAR DÍEZ, M.: Comentarios al Código penal, Tomo VI, Edersa, Madrid, 2002, página 70.

consecuencia de “quedar vacía de contenido la referencia del artículo 495 LECR a que no se podrá detener por faltas<sup>1028</sup>”.

De otro, DÍAZ MAROTO y VILLAREJO<sup>1029</sup> y el profesor CLIMENT DURAN<sup>1030</sup>, sostienen que “delito” habría de ser interpretado en sentido estricto, por lo que los delitos leves estarían excluidos de la expresión “causa por delito”.

En idéntica postura se sitúa IZQUIERDO TÉLLEZ, para quien, en referencia al artículo 495 LECR, no estamos ante una “norma que queda sin contenido (...) porque ya no se podrán cometer faltas, sino (que nos encontramos) ante una norma que deja leerse en el sentido de que no se podrá detener por delitos leves, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”. Y continúa señalando que “ello implica, por lo que ahora interesa, que la detención preventiva por funcionario policial en el artículo 492.4 LECR, no se extiende a los delitos leves, que deberán seguir el régimen hasta ahora previsto para las faltas en el artículo 495 de la misma ley<sup>1031</sup>”.

También en esta línea se sitúa FARALDO CABANA quien considera que no es posible proceder a una detención como consecuencia de la comisión de delitos leves. Advirtiendo que aunque pudiese parecer lo

---

<sup>1028</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA y RAMÍREZ ORTIZ.: Las consecuencias procesales de la reforma, en Comentario a la reforma penal de 2015, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, página 266.

<sup>1029</sup> DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, L.: Compendio de Derecho penal...op. cit., página 53.

<sup>1030</sup> CLIMENT DURÁN opina que “precisamente esta posibilidad excepcional de detener al presunto autor de una falta (delito leve en la actualidad), determina que el concepto de delito sea estricto y no pueda ser ampliado a las faltas”. CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales...op. cit., página 83.

<sup>1031</sup> IZQUIERDO TÉLLEZ.: Se puede detener por delito leve, en Diario La Ley, número 8582, Sección Tribuna, 2015.

contrario, la realidad es que no se producen cambios respecto del artículo 495 LECR, destacando que dicho precepto mantiene su literalidad, y advierte que la segunda previsión de la Disposición adicional segunda de la LO 1/2015 se desprende “que sigue siendo imposible la detención por delitos leves”<sup>1032</sup>.

A este respecto el TS recuerda que la legalidad de una detención no decae aunque “en aquellos casos en los que la investigación ulterior determina que ese hecho, inicialmente reputado como delictivo, resultara luego degradado a su consideración como falta -delito leve-”<sup>1033</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que el término “delito” ha de ser calificado como sinónimo de infracción penal -sentido amplio-, sin embargo, aunque en principio, en el supuesto de comisión de delitos leves no puede procederse a la detención preventiva, como es sabido, el individuo que no posea domicilio conocido o no prestase fianza bastante -artículo 495 CP<sup>1034</sup>- podrá ser conducido a dependencias judiciales y ser puesto a disposición judicial, es decir, es la propia LECR la que abre esta posibilidad.

Por último, veamos el elemento que establece el presupuesto de “fuera de los casos permitidos por la ley”<sup>1035</sup>. Al ocuparnos de este apartado,

---

<sup>1032</sup> FARALDO CABANA.: Los delitos leves, Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, página 200.

<sup>1033</sup> En estos términos se expresa el TS en su sentencia, de 16 de junio de 2008.

<sup>1034</sup> Recordemos que el artículo 495 de la LECR establece que “no se podrá detener por simples faltas -delitos leves- a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”.

<sup>1035</sup> Advierten BOLEA BARDÓN y ROBLES PLANAS que tal expresión “también genera dificultades a la hora de decidir la calificación jurídica de ciertas detenciones ilegales, concretamente, los casos en que la detención se practica en el curso de una investigación, pero fuera de los supuestos permitidos por la ley”. BOLEA BARDÓN,

debemos partir de la base de que este requisito nos está redirigiendo a otro texto normativo, la LECR, con el que debemos completar el tipo penal establecido en el artículo 167 CP.

Y al ocuparnos de ello, es oportuno señalar que este elemento del tipo “fuera de los casos permitidos por la ley”, conlleva unas consecuencias que en nuestra opinión tiene dos caracteres distintos. Por un lado, procesal, puesto que la carga de la prueba respecto de la ilegalidad de la detención afectará a la parte acusadora, al igual que la necesidad de demostrar que el actor era conocedor de dicha ilegalidad, dado que ello conforma el dolo. Y por otro, tiene una carácter sustantivo, nos estamos refiriendo al elemento objetivo, no al error de prohibición, sino al error de tipo<sup>1036</sup>.

En este sentido, es necesario establecer, que no toda detención - que no haya sido procedente- efectuada por los agentes de la autoridad, ha de ser entendida como ajustada al tipo del artículo 167 CP, y ello con base en dos consideraciones, en primer lugar, porque el mero hecho de la existencia de una infracción penal -un delito leve, por ejemplo- le diferencia sustancialmente del proceder, absolutamente arbitrario e injustificado, que integra el delito recogido en el artículo 167 CP. Y, en segundo lugar, porque en el propio texto de éste precepto, se exige la comisión de una detención practicada “fuera de los casos permitidos por la ley” sin mediar causa por delito.

A continuación, señalar que el artículo 530 CP formula explícitamente que el sujeto pasivo de la conducta solo podrá ser “un detenido, preso o sentenciado”. Sin embargo, en el artículo 167 CP no se señala

---

C. y ROBLES PLANAS, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales...op. cit., página 5.

<sup>1036</sup> En este sentido, seguimos la postura manifestada por RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 145.



característica alguna. Sobre dicha cuestión, el TS<sup>1037</sup> indica que en los dos casos anteriores impide al sujeto pasivo hacer uso de su libertad de permanecer donde se encuentra o de trasladarse a un lugar distinto, siendo necesario, además, que la acción del sujeto activo se lleve a cabo contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, lo cual implica un mínimo de elemento coaccionador

Es por lo que, en virtud de todo lo anterior, sería conveniente contestar a unas cuestiones que ayudarían en el proceso de análisis necesario para determinar cuál es el artículo -167 o 530 CP- aplicable en cada supuesto (ello sin obviar el evidente elemento subjetivo que invade cada análisis personal).

Sería, por tanto, en primer lugar, la evaluación de la procedencia legal de la medida, es decir, la detención preventiva; en segundo lugar, determinar las razones que motivaron la decisión del agente de la autoridad a realizar la detención (entre otras; por circunstancias de orden privado o personal del agente; por consideraciones que responden a pura arbitrariedad; con actuación que demuestra un abuso de poder); y, en tercer lugar, realizar una previa calificación de dicha actuación, que podría ser ilegal *ab initio*; o con ilegalidad sobrevenida por vulneración de los derechos o garantías constitucionales.

Como decíamos con anterioridad la expresión “fuera de los casos permitidos por la Ley” reenvía a la LECR, pero no de forma exclusiva, sino que también existen otros tipos especiales de privación o restricción de libertad personal, admitidos por la ley:

- La restricción de libertad personal con la finalidad de identificar *in situ*.

---

<sup>1037</sup> STS 456/2007, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico Único.

- La detención de extranjeros para proceder a su expulsión de España.
- El internamiento urgente –e imprescindible- de un enfermo psíquico.
- El internamiento -y aislamiento- de personas con sospechas de enfermedad infecciosas contagiosas.

En este ámbito de detenciones especiales, surge la duda sobre la posibilidad de si también se podrá cometer el tipo de detención ilegal, y en el supuesto de que así fuese, cuál sería el tipo penal que integraría: el artículo 167 CP o, en su caso, el artículo 530 CP.

Sobre ello existe, en la doctrina, disparidad de criterios. De una lado, nos encontramos con autores<sup>1038</sup> que consideran -fundamentándose en puros argumentos materiales- que las detenciones especiales deberían integrarse en el artículo 530 CP, con el objetivo de que las vulneraciones legales, tanto en su aspecto formal o procedimental, reciban el mismo trato jurídico que los derechos y garantías que se disponen para la detención preventiva -detención en términos interpretativos estrictos-.

Por otro, nos hallamos ante el artículo 167 CP como precepto a aplicar, teniendo a una parte de la doctrina afirmando que, como ejemplo demostrativo, la prolongación injustificada en dependencias policiales, cuando haya sido requerido y traslado exclusivamente a efectos de un mera identificación, será subsumible en el tipo del artículo 167 CP, puesto que no existían razones previas -es decir, sospechas racionales de

---

<sup>1038</sup> En este sentido se manifiestan; DEL ROSAL BLASCO, B.: Derecho penal español...op. cit., página 978, y ALONSO PÉREZ, F.: Detenciones ilegales cometidas...op. cit., página 338.

criminalidad-”<sup>1039</sup>. Y, por último, la corriente doctrinal que propugna que este tipo de detenciones ilegales son, en realidad, conductas atípicas<sup>1040</sup>.

Entendemos que sería necesaria la inclusión de tales detenciones especiales en los artículos 167 y 530 CP, salvando con ello la laguna legal que puede plantearse ante la necesidad de su integración en uno u otro precepto, recordemos que, en estos supuestos especiales, no es posible encontrar la infracción penal que pueda cumplir el presupuesto de “mediar causa por delito”.

En otras palabras, el artículo 530 CP se circunscribe exclusivamente a los casos en que exista cualquier tipo de infracción penal, bien sea delito, delito menos grave e, incluso delito leve, aunque la calificación jurídica final no coincida. Y, por su parte, en el artículo 167 CP, se integrarán las actuaciones que se realicen partiendo de una absoluta arbitrariedad en las motivaciones de la detención, o consecuencia de un abuso de poder, sin existencia de infracción penal alguna.

Examinemos seguidamente una serie de sentencias del TS en las que, a partir de un determinado hecho, podremos comprobar qué calificación jurídica hace el TS y cuál es el artículo del CP que considera vulnerado y, por tanto, que pena habrá de disponerse.

---

<sup>1039</sup> Esta es la postura que mantiene BANACLOCHA PALAO, quién defiende la importancia de la brevedad de las diligencias de identificación a realizar en sede policial. Opinión a la que nos sumamos, claramente. En nuestra opinión, el traslado para la identificación no puede, en modo alguno, convertirse en la puerta abierta a una prolongación injustificada que atente frontalmente contra el derecho a la libertad personal. BANACLOCHE PALAO, J.: El derecho a la libertad personal...op. cit., página 428

<sup>1040</sup> En esta línea se sitúan CARBONELL MATEU, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, página 864.

## 6.1.- El TS y la aplicación práctica de los artículos 167 y 530 CP

A meros efectos representativos, entre otras, citaremos las siguientes resoluciones, en primer lugar, la Sala Segunda del TS, en su sentencia 4550/2004 de 29 de junio de 2004, valoró el caso del robo de la gorra de un policía cuando éste se encontraba en acto de servicio. Produciéndose la detención cuando tan solo era delito leve (falta)<sup>1041</sup>. Entre los artículos 167 y 530 CP, el TS se inclinó por el artículo 530 CP, algo que sorprende, porque en su Fundamento de Derecho 3 declara el TS que “la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaba investido. Todo ello para reprimir una conducta que, en ningún caso, dadas sus características, podría ser considerada como delito”, para luego, unas líneas más adelante, declarar que “no había elementos subjetivo del tipo del artículo 167 CP, porque había redactado el atestado”<sup>1042</sup>. En consecuencia, consideramos que realizó una interpretación amplia del término “detención”<sup>1043</sup>.

---

<sup>1041</sup> STS 4550/04 de 29 de junio, Fundamento de Derecho 3.

<sup>1042</sup> Dice el TS que “con estos datos o elementos se puede llegar a la conclusión de que (el detenido) efectivamente estuvo en el calabozo, pero ya ha dicho la sentencia recurrida que la absolución del agente de policía por este delito se debe a que la actuación se llevó a cabo en la creencia de estar actuando legítimamente. Este dato lo corrobora el hecho de que dejara constancia escrita de la detención a través de la diligencia de instrucción de derechos al detenido, así como en su manifestación ante el instructor del atestado, donde hacía constar igual extremo. En consecuencia y como ya hemos dicho anteriormente, la Sala considera que no existe el elemento subjetivo configurador de la detención ilegal, por lo que resultan indiferentes los datos que invoca la parte recurrente”. STS 817/2004, de 29 de junio de 2004, Fundamento de Derecho 3. Podríamos extraer la conclusión de que una gran cantidad de detención ilegales por delitos leves quedarían fuera del artículo 167 CP con la mera instrucción de un atestado, algo que consideramos inadmisibles.

<sup>1043</sup> Argumentando dicha resolución que “con estos datos o elementos se puede llegar a la conclusión de que efectivamente estuvo en el calabozo, pero ya ha dicho la sentencia recurrida que la absolución del agente de policía por este delito se debe a que la actuación se llevó a cabo en la creencia de estar actuando legítimamente. Este

En segundo lugar, la Sala Segunda del TS, en su sentencia 202/2005, de 21 de enero de 2005, revisó el caso de un delito de daños (valorados en 300 euros -50.000 pesetas) es decir, un delito leve. En esta ocasión, entre el artículo 167.1 CP -en la remisión que hace al 163.4 CP-, y el artículo 530 CP<sup>1044</sup>. El TS lo calificó como error de prohibición evitable, aplicando el 167 CP<sup>1045</sup>. Haciendo una interpretación estricta del término "detención".

---

dato lo corrobora el hecho de que dejara constancia escrita de la detención a través de la diligencia de instrucción de derechos al detenido, así como en su manifestación ante el instructor del atestado, donde hacía constar igual extremo. En consecuencia y como ya hemos dicho anteriormente, la Sala considera que no existe el elemento subjetivo configurador de la detención ilegal, por lo que resultan indiferentes los datos que invoca la parte recurrente". STS 4550/04, de 29 de junio, Fundamento de Derecho 6.

<sup>1044</sup> La sentencia recurrida consideró que el acusado no había cometido el delito del art. 167 CP. pues estimó que "puede dudarse" de que "en el momento de ordenar la detención" dicho acusado "fuera consciente de que los hechos no eran constitutivos de delito". Para ello la Audiencia se basa en la STS de 20 de mayo de 1997, que estableció que "el funcionario público cuando realiza la detención (...) debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas (...) la gravedad de la acción". STS 202/2005, de 21 de enero, Fundamento de Derecho 1.

<sup>1045</sup> Esta Sala es consciente de que no puede adoptar otra decisión, dado que es la que corresponde a una "rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley" a la que está obligada por el art. 4.3 CP. Sin embargo, es también consciente de que la pena de inhabilitación absoluta, que dado su carácter absoluto no permite graduación en el aspecto de la intensidad con la que es aplicada al caso, pues la pérdida de los derechos que afecta es total, aunque sea temporal la inhabilitación para readquirirlos, conduciría en este caso a una consecuencia jurídica desproporcionada con la gravedad del hecho y la lesión concreta sufrida por la víctima. Es preciso tener en cuenta que la ejecución de esa pena tendrá efectos sobre las personas que dependen del condenado y que, si bien esto ocurre con todas las penas, la reducida entidad de la lesión determinante que la pena sea "notablemente excesiva, atendidos el mal causado y las circunstancias personales del reo" (artículo 4.3 CP). STS 202/2005, de 21 de enero, Fundamento de Derecho 1.

En tercer lugar, la Sala Segunda del TS, en su sentencia 2958/2003, de 30 de abril de 2003, estimó el caso de un policía que fuera de servicio y tras un incidente leve de tráfico, fue agredido por un individuo. Tras ello procedió a su detención, y una vez en la comisaría le propinó varias patadas, provocándole lesiones leves. A continuación, y en connivencia con el agente instructor, éste prolongó la detención, prácticamente, las setenta y dos horas del artículo 17 CE, sin realizar diligencia de investigación alguna que justificase el tiempo que duró<sup>1046</sup>. Sobre dicha indebida dilatación temporal se pronuncia el TS<sup>1047</sup> expresamente alegando que:

“de lo anterior, se afirma en la sentencia, resulta que la detención fue indebidamente prolongada más allá "del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos". En este sentido es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, STS 11.10.1988 y del Tribunal Constitucional, STC 224/98, de 24 de noviembre, que afirma, el tiempo "estrictamente necesario" de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero, este tiempo actúa como límite máximo absoluto, y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del

---

<sup>1046</sup> Apunta la sentencia que “en síntesis, se declara probado que uno de los condenados, funcionario de policía se identifica como tal y al aparecer un vehículo patrulla ordena su traslado a la comisaría en la que se hallaba destinado El otro condenado, también recurrente, es el instructor del atestado policial, quien conocedor del domicilio y que carecía de antecedentes penales "le mantuvo detenido en la citada comisaría, circunstancia que desde el primer momento convino con el otro acusado, no practicándose en ese tiempo ninguna otra diligencia con cierto contenido que la propia declaración del detenido pasadas más de 42 horas de efectuarse la detención". Continúa el relato fáctico refiriendo que al día siguiente fue puesto a disposición judicial ordenando su inmediata libertad”. STS 2958/2003, de 30 de abril, Fundamento de Derecho Preliminar.

<sup>1047</sup> STS 2958/2003, de 30 de abril de 2003, Fundamento de Derecho 1.

hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso, se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente. A tal efecto, habrán de tenerse en cuenta, como han establecido las SSTC 31/1996 y 86/1996, "las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida".

El TS absolvió a los dos agentes del delito contra la libertad personal -del artículo 530-. Tan sólo condenó al agente que realizó la detención por una falta de lesiones. Considera dicho Tribunal que el agente de la autoridad fuera de servicio "pese a su condición de policía, no era sino un ofendido por un delito y perjudicado por el mismo que procedió a una detención legítima, según afirma el tribunal de instancia, con traslado a comisaría al detenido". Para a continuación distinguir entre el agente que efectúa la detención y el que instruye el atestado, es decir, el que detiene y entrega al detenido en sede policial, y el que se hace cargo del detenido e instruye diligencias, por lo que señala el TS que "las posteriores actuaciones que inciden sobre la forma en que se desarrolló la detención no le competen, pues el ordenamiento procesal y orgánico responsabiliza y atribuye la posición de garante sobre la persona del detenido al funcionario policial a quien se encomienda el detenido que se convierte en responsable de su realización conforme a derecho de modo y manera que sólo este funcionario es quien puede realizar la acción típica del delito del artículo 530 del Código penal respecto a los detenidos bajo su custodia. Como delito especial, el tipo penal sólo puede ser realizado por el funcionario directamente encargado, y responsable, de la persona del detenido realizando los actos nucleares del tipo penal"<sup>1048</sup>.

En último lugar, el TS en su sentencia 694/2016, de 27 de julio de 2016, evaluó el caso de la detención ilegal por un presunto delito de insultos,

---

<sup>1048</sup> STS 2958/2003, de 30 de abril de 2003, Fundamento de Derecho 1.

amenazas y atentado a agentes de la autoridad. Hechos que no sucedieron, pero que fueron creados ficticiamente por los instructores del atestado para respaldar tal detención ilegal, como se desprende de los hechos probados de dicha sentencia del TS. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial –artículo 390.1. 4º CP-, en concurso medial del artículo 77. 2º CP con un delito de denuncia falsa del artículo 456.2º, solicitando la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de diez años de inhabilitación absoluta. Sin embargo, sorprendentemente, considera el TS que mediaba causa por delito, por lo que no habrían de aplicarse los artículos 163 y 167 CP, sino el 530 CP.

Considera RAMÓN RIBAS que “entender el fundamento del fallo del TS no resulta sencillo”<sup>1049</sup>, opinión con la que coincidimos plenamente, máxime cuando, en el propio *factum* de la sentencia recurrida en casación, afirma la Audiencia Provincial de La Rioja que el acusado había acordado la detención “con conocimiento de que no existía causa legal para ello”, añadiendo que no había base legal alguna para la detención, siendo una circunstancia que no podía desconocer el acusado, quedando probado, “el dolo con el que actúo”.

El TS apela al principio de proporcionalidad para huir de la aplicación del artículo 167 CP. Pero, en nuestra opinión, se equivoca el TS cuando no aplica dicho precepto y, también, cuando aplica el tipo del 530 CP –a pesar de declarar que no había causa previa<sup>1050</sup>. Suponemos que, una vez más, buscando evitar la imposición de la pena de prisión del 167 CP.

---

<sup>1049</sup> RAMÓN RIBAS E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 340.

<sup>1050</sup> Tal y como se desprende de dicha resolución, y más concretamente cuando señala en su Fundamento Jurídico 4, B que “desde el punto de vista de su estructura típica, el que medie o no medie causa por delito en el momento en el que la privación de libertad es acordada, constituye uno de los elementos que singulariza el tipo objetivo



Ello, posiblemente, en base a varias motivaciones, entre ellas; como respeto al principio de proporcionalidad; como consecuencia de un excesivo rigor del límite mínimo del marco penal a aplicar en dichos delitos; o incluso, que dicha desproporción sea vinculada por el TS a las circunstancias personales del posible condenado (agente de la autoridad en el desarrollo de sus funciones) en relación con la escasa gravedad de los hechos (en ocasiones, detenciones ilegales que, generalmente, tras un inmediato traslado a sede policial, no duran más allá de unas horas)

---

de los arts. 167 y 530 del CP . Pues bien, en el presente caso es cierto que cuando el acusado Armando decide la privación de libertad de Mario no existe una causa por delito ya incoada. Su formalización se produce a partir del momento en el que, según el hecho probado, "... el señor Mario insistía y reiteraba gritando que le diera la copia o se identificara el oficial, y ante la actitud persistente del señor Mario , que reiteraba gritando al oficial NUM006 que le diera una copia de la denuncia o que se identificara, el oficial NUM006 dijo, refiriéndose al señor Mario "éste para dentro", agarrando dos agentes al señor Mario , llevándolo por un pasillo hasta el interior de las dependencias policiales". Es entonces cuando despliega efectos la privación de libertad y cuando se incoa el atestado que está en el origen de las presentes diligencias. De acuerdo con esta secuencia, no resulta fácil sostener que la privación de libertad de Mario fue el resultado de una vía de hecho ajena a toda significación jurídico-penal. Su ingreso en los calabozos se produce como consecuencia de una decisión del acusado -equivocada y no amparada por el derecho- que interpreta las airadas protestas de un ciudadano en los pasillos de la comisaría como un hecho constitutivo de un delito de atentado. Es en este marco jurídico en el que la privación de libertad ha de ser enjuiciada. Esta Sala no se adentra -nadie lo sugiere- en la hipotética concurrencia de un error de prohibición derivado de la creencia de actuar al amparo de una causa de justificación. Pero no puede prescindir tampoco del hecho de que el agente Armando se encuentra en dependencias policiales, intercambia un áspero y tenso diálogo con Mario, considera que su actitud desborda los límites de la protesta ciudadana, ordena su detención y acuerda la elaboración de un atestado explicativo de las circunstancias que, a su juicio, la justifican. En ese contexto es la porción de injusto abarcada por el art. 530 del CP la que ofrece una calificación jurídica ajustada al bien jurídico ofendido y, como exigencia añadida, al principio de proporcionalidad. STS 694/2016, de 27 de julio de 2016, Fundamento de Derecho 4. apartado B.

En este punto, y como consecuencia derivada de lo señalado en el párrafo anterior, es donde a nuestro juicio, el Tribunal sentenciador, en lugar de forzar la aplicación de la ley en búsqueda de la equidad, tiene la posibilidad de instar el procedimiento de indulto. El Tribunal puede emitir un informe favorable a la concesión del indulto. En el que habrá de constar la información sobre el penado, para concluir con la “justicia o conveniencia y forma de concesión de la gracia” del indulto –artículo 27 LI<sup>1051</sup>-.

En definitiva, resulta realmente difícil encontrar la homogeneidad en las resoluciones del TS, o esa guía interpretativa que muestre la correcta aplicación de los distintos tipos penales relacionados con la detención ilegal cometida por funcionario público. Consideramos que el TS se centra, en demasía, en el análisis del elementos del tipo “mediar causa por delito” - cuando se dilucida la aplicación del artículo 167 o del 530 CP-, probablemente con la intención suavizar la mayor pena que impone el artículo 167 CP, buscando con ello una pena más ajustada al delito cometido<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup> Artículo 25 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. El cual establece que “el Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”.

<sup>1052</sup> Coincidimos con RAMÓN RIBAS cuando realiza, muy descriptivamente, afirmaciones en la que señala esa falta de homogeneidad que nosotros también detectamos, diciendo que: “el TS está tan concentrado en el elemento mediar causa por delito, en

---

el que pone todas sus esperanzas de enmendar el excesivo castigo impuesto por el artículo 167 CP inclinándose (finalmente) por la aplicación del artículo 530 CP”; advirtiendo también que “el TS inaplica indebidamente el artículo 167 CP y aplica indebidamente el artículo 530 CP”; o, “he afirmado antes que da la impresión de que el TS deseaba huir del artículo 167 CP (afirmación expresada en el análisis que dicho autor hace de la STS 694/2016, de 27 de julio)”. RAMÓN RIBAS E.: Detenciones ilegales practicadas...op. cit., página 351.



## CAPÍTULO VI

### EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

No podemos hablar de una existencia real de derechos si no coexisten medios que nos permitan garantizar y reivindicar su cumplimiento y defendernos de su vulneración. Siendo el procedimiento de *habeas corpus* uno de dichos medios de protección.

Podría considerarse que posee dos fases claramente diferenciadas; de examen de admisión y de análisis por parte del juzgador:

A) En un principio, nos encontramos con lo que denominamos el “juicio de admisión”, en la que el juez debe realizar un examen previo sobre la admisibilidad de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus*. Dicho análisis debe circunscribirse a la comprobación de la concurrencia, de los requisitos que legalmente se requieren para su posterior tramitación, pudiendo admitir o rechazar dicha solicitud, con el dictamen previamente pronunciado por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en su caso, tan solo podrá emitirse una resolución liminar denegatoria cuando no concurren los requisitos exigidos, tanto los elementos formales de la solicitud, como los presupuestos procesales requeridos. Salvo dos excepciones:

- 1) En el caso de que no haya detención o privación de libertad, lo que constituye la base de la propia existencia del procedimiento de *habeas corpus*. No podía ser de otro modo, por obvio.
- 2) Y en el supuesto de falta de competencia del órgano judicial receptor de la solicitud.

B) Y, a continuación, el “juicio de fondo” en el que se produce la personación del detenido ante el Juzgado de Instrucción correspondiente. El verdadero objetivo pretendido es la preservación del derecho fundamental, añadiríamos “constitucional”<sup>1053</sup>, a la libertad personal.

Por consiguiente, trataremos de profundizar en la influencia y seguimiento que la jurisprudencia del TC está recibiendo por parte de los Juzgados de Instrucción en la tramitación de dicho procedimiento, poniendo especial énfasis en el que denominamos “juicio de admisión”, del cual depende el cumplimiento de la verdadera y principal función para la que se concibió dicha garantía.

Teniendo por hechas las anteriores consideraciones generales previas en torno al *habeas corpus*, entendemos que sería oportuno hacer a continuación un breve repaso sobre qué es este procedimiento y cómo habría de interpretarse.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *habeas corpus* significa derecho que ostenta la persona detenida o presa, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que éste, oyéndola, resuelva si su detención fue o no legal y si debe ponerse en libertad o mantenerse.

Tal procedimiento, como ya hemos señalado, está previsto en el artículo 17.4 CE<sup>1054</sup>, Por tanto, se conforma como un procedimiento judicial al que puede acudir cualquier persona privada de libertad personal, si considera que está detenida de forma ilegal, posibilitando que el juez pueda entrar a conocer del caso de forma limitada. Y, tras ordenar la puesta de

---

<sup>1053</sup> Entendemos que la calificación de “constitucional”, embarga todo el procedimiento e impregna todo su desarrollo y consecuencias.

<sup>1054</sup> El cual establece que la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.

manifiesto del detenido, la audiencia de los interesados y la práctica de las pruebas que puedan realizarse en ese acto, se pronuncia sobre la legalidad y las condiciones en que la detención se está llevando a cabo, dado que, en caso contrario, nos encontraríamos con una resolución sin legitimación constitucional.

Sus primeros precedentes nos conducen al Derecho Romano, en el que se hallaba el Interdicto de *homine libero ad exhibendo*. Podemos considerarlo, por ello, como el antecedente más remoto (lejanía en cuanto a su figura, más que como medida de tiempo). Se trataba de una acción posesoria recogida en el Digesto -Código de Teodosio-. Consistía en un mandato que se dirigía a todo hombre libre, con la finalidad de ordenar a la persona que mantuviese detenida ilegalmente a otra, para que la presentara físicamente ante el Pretor.

Se trataba de un interdicto que tan solo se otorgaba contra particulares, y no contra autoridades, circunstancia ésta que le distancia de lo que ha sido históricamente el *habeas corpus*, aunque obviamente hemos de considerarlo como su antecedente más válido. FAIREN GUILLEN, autor de necesaria referencia en el estudio histórico del *habeas corpus* y en cuanto a la “manifestación” aragonesa, considera que dicho Interdicto podría calificarse como la génesis y primer antecedente del *habeas corpus*<sup>1055</sup>.

En efecto, mirando hacia el Derecho medieval aragonés, nos encontramos con el juicio de “manifestación” de personas, al que nos referíamos antes. Esta figura jurídica aparece recogida en un Fuero decretado por las Cortes de Teruel en el año 1.428, si bien, FAIREN

---

<sup>1055</sup> FAIREN GUILLÉN, V.: Comentarios a la constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17.4 y la Manifestación de Personas, Revista de Administración Pública, número 83, 1979, páginas 27 y 28.

GUILLÉN, sostiene que la “manifestación” de personas, ya existía con anterioridad. Está considerado como el equivalente español al *habeas corpus* anglosajón.

La “manifestación” se iniciaba con la presentación de la solicitud ante el *Asesor Jurídico Mayor del Rey* denominado *Justicia Mayor*, figura que derivó con el paso del tiempo, en lo que en la actualidad podríamos considerar como una especie de *Tribunal Supremo*, el cual trataba de preservar su imparcialidad, a través de una inamovilidad consuetudinaria de sus miembros que le proporcionaba cierta independencia. En dicha solicitud, se requería un mandato, denominado *Letra*, dirigido contra aquella autoridad no judicial, juez o particular, que tuviese a otra persona detenida, retenida o privada de libertad, para que la exhibieran ante él. Se establecía un periodo máximo de setenta y dos horas, en el que la autoridad o los agentes, que le hubiesen detenido, le debían poner en libertad, si no se le acusaba formalmente al sujeto, de la comisión de un ilícito penal<sup>1056</sup>.

Sobre el objetivo que se pretendía con su presentación, sostiene FAIREN GUILLÉN que la *Manifestación* aragonesa, servía también para evitar las prisiones ilegales. Que es lo mismo que ocurría con el *habeas corpus* anglosajón en su más genuina encarnación legislativa de 1679, por lo que afirma que “no era necesaria la importación de material extranjero, para reconstruir lo que, en España, teníamos y tenemos”<sup>1057</sup>.

En cuanto a los antecedentes existentes en el Derecho anglosajón, nos encontramos con el *Writ of habeas corpus*. Su denominación procede

---

<sup>1056</sup> Resulta llamativo el hecho de que en el derecho medieval aragonés -dentro de su figura de la *Manifestación* se estableciese un plazo máximo de setenta y dos horas en el que la autoridad o los agentes que retuviesen al detenido, le debían liberar si durante ese período de tiempo no se le acusaba formalmente, plazo que, con grandes similitudes, permanece en la actualidad.

<sup>1057</sup> FAIREN GUILLÉN, V.: Comentarios a la... op. cit., página 54.



de las palabras que daban inicio al mandato judicial en el que se exigía la personación del detenido *habeas corpus ad subjiciendum*. Ello con la intención de investigar el motivo de la detención y, de ese modo, poder establecer la ilicitud o no, de la privación de libertad.

Afirma SORIANO que “Inglaterra es la cuna del *habeas corpus*, como (...) Aragón de la *manifestación* de personas, siendo instituciones que en mayor o menor medida protegen la libertad y seguridad de las personas de los atropellos de funcionarios o particulares”<sup>1058</sup>.

Por su parte, añade ALONSO PEREZ que en Inglaterra “el derecho a la libertad personal y a la imposibilidad de ser detenido si no era mediante una acusación fundada de delito, ya había sido establecido por la *Magna Carta Libertatum*, concedida en el año 1215 por Juan Sin Tierra a los nobles ingleses”<sup>1059</sup>.

En vista de lo anterior observamos que se trata de una vieja figura jurídica que ha sido recogida en distintos ordenamientos jurídicos a lo largo de los años.

Se promulgó por Carlos II, el 26 de mayo de 1.679, con la denominación ya reseñada. Este procedimiento se estableció, en cuanto al espíritu de la norma y análisis teleológico, con la finalidad de evitar las detenciones arbitrarias e injustas que pudiesen cometer los señores feudales contra los vasallos.

---

<sup>1058</sup> SORIANO R.: El derecho de *habeas corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General, Madrid, 1986, página 53.

<sup>1059</sup> Y añade que “si bien no era de aplicación cuando la detención se practicaba en nombre del Rey, por lo que pocas veces llegó a ser efectiva, llegando a desaparecer en la época de lo Tudor”. ALONSO PÉREZ, F.: Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, editorial La Ley Actualidad, Madrid, 1997, página 363.

En el modo en que el conjunto normativo español la ha ido admitiendo, la podemos hallar reflejado en el constitucionalismo histórico de nuestro país. Encontramos su primera aparición en la Constitución de Bayona de 1808, que incluía un precedente lejano del *habeas corpus*, en el que se garantizaba en su artículo 134 que “si el Gobierno tuviera noticias de que se trama alguna conspiración contra el Estado, el Ministro de Policía podrá dar mandamiento de comparecencia y de prisión contra los indiciados como autores y cómplices”. Si los detenidos, en el plazo de 30 días, no eran liberados o presentados ante la Autoridad judicial competente, los parientes o representantes podían hacerlo, directa o indirectamente. Se trataba pues, de un derecho que se establecía, exclusivamente, para los delitos que poseían una clara y evidente intencionalidad política.

Posteriormente, en la Constitución de Cádiz de 1.812, no se contenían normas que pudiesen controlar judicialmente los supuestos de detención ilegal -apresamientos-, ni permitía específicamente algún tipo de procedimiento especial. Aunque sí se preveía la contingencia de que un juez, *motu proprio*, pudiese ordenar la presentación del detenido ante él. Se trata de una posibilidad que ya aparecía en *Las Partidas*, en donde también se establecía un plazo de 24 horas para llevar a cabo dicha presentación.

Más adelante, nos encontramos con las constituciones españolas de 1.837 y 1.845. Ambas carecían de algún tipo de regulación que pudiese tener similitudes con el procedimiento de *habeas corpus*. Se limitaron a establecer, genéricamente, el derecho a no ser detenido ni preso, sino únicamente cuando concurriesen los requisitos, circunstancias y hechos previstos en la ley.

Años después, en la Constitución de 1869 se disponía en su artículo 3 que el detenido debía ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las setenta y dos horas siguientes a su detención, desde

el momento de la entrega del detenido, para dejar sin efecto la detención o elevarla a prisión. En palabras de GUDE FERNÁNDEZ, “constituía una especie de procedimiento de *habeas corpus* con carácter sumarial”<sup>1060</sup>.

Por su parte, la Constitución de 1876, establecía que cualquier persona que de manera ilegal se encontrase privada de libertad personal, sin el cumplimiento de las formalidades y requisitos legalmente establecidos, podría solicitar su puesta en libertad. En su artículo 4 se reproducía literalmente lo dispuesto en la Constitución de 1869<sup>1061</sup>. Es de destacar que, en cuanto a la legitimación activa, ésta se encontraba ampliada a que pudiese ejercitarla cualquier ciudadano español<sup>1062</sup>.

Con posterioridad, en el Proyecto Constitucional de 1929, se reproducía en su artículo 23, una garantía esencialmente idéntica a los anteriores textos constitucionales<sup>1063</sup>, aunque, en su artículo 56 añadía que

---

<sup>1060</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus* en España, editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2008, página 41.

<sup>1061</sup> Artículo 4 de la Constitución Española de 1869 “ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo”.

<sup>1062</sup> Sin embargo, en la actual LOHC encontramos que en su artículo 3, el legislador se olvida -u obvia- la inclusión, entre los legitimados activamente, del abogado defensor y del procurador del detenido, por lo que le ha correspondido al TC, a través de su jurisprudencia -referida con anterioridad- enmendar dicha ausencia, declarando expresamente que el abogado del detenido no solicita en nombre propio la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, sino que lo realiza en nombre y representación de su defendido-representado.

<sup>1063</sup> Artículo 23 del Anteproyecto Constitucional de 1923 “1. todo detenido será puesto en libertad, o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión,

“los diputados no podrán ser arrestados, ni sufrir restricción alguna judicial o disciplinaria en su libertad personal, sin que se dé inmediatamente conocimiento a las Cortes, salvo si fueren hallados *in fraganti* o si las Cortes no estuvieren reunidas”.

Pocos años después, en la Constitución de 1931, en su Preámbulo se disponía que “nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención”, Sin embargo, el reflejo concreto se encontraba en el artículo 29 el cual añadía “toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará a interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad. La acción para perseguir estas infracciones será pública sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género”.

Más adelante, sería el Fuero de los españoles de 1945, el que acogería una figura con ciertas similitudes al *habeas corpus* en su artículo 18 declarando que “ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial”.

---

dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado al detenido al Juez competente. La providencia que se dictare se notificará al detenido, dentro del mismo plazo. 2. Nadie podrá ser preso sino en virtud de mandamiento del juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento, se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión. 3. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad, a petición suya o de cualquier español”.

Años después, en 1970 en el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal, aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación<sup>1064</sup>, preveía que “ante una situación de detención o prisión preventiva, arbitrariamente acordada por agente o autoridad no judicial, el Juez debería practicar diligencias urgentes con la finalidad de determinar si la privación de libertad era ilegal, o se había acordado por quien carecía de competencia para ello, en cuyo caso se procedería a la inmediata puesta en libertad del detenido o preso”<sup>1065</sup>.

## 1.- Naturaleza jurídica

A lo largo de los capítulos precedentes hemos puesto de manifiesto la relevancia jurídica del artículo 17 CE, y a ellos nos remitimos. Sin embargo, su inevitable mención nos obliga a apuntar brevemente que el derecho fundamental a la libertad que recoge dicho precepto engloba a la libertad y la seguridad, y que nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de la ley. Se trata del derecho a la libertad personal en su vertiente más sustantiva.

Dicho lo cual, es el punto cuarto del artículo 17 CE el que señala el objetivo del presente capítulo, el procedimiento de *habeas corpus*, con el que se pretende producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente<sup>1066</sup>. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión preventiva y provisional.

---

<sup>1064</sup> Sesión de 10 de julio de 1970, recogido en la Base 22.

<sup>1065</sup> MONTÓN REDONDO, A.: El derecho de *habeas corpus*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, número 7 (páginas 169 a 186), 1989, página 175.

<sup>1066</sup> Ya expusimos en su momento la postura del TC respecto de la asistencia de abogado en la detención, considerando que su intervención presenta una doble proyección:

Sobre su inclusión en nuestra Carta Magna, opina RIVERO SANTANA que “el *habeas corpus*, hoy en día, constituye un recurso que surgió, no como una garantía penal sino como un acto de disposición de los jueces que solicitaban la presencia de una persona según sus necesidades en el juicio”<sup>1067</sup>.

Es decir, es una garantía reforzada del derecho a la libertad personal, ordenada a la defensa del detenido, mediante un proceso de cognición limitada de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE. En palabras del TC, “su finalidad última es posibilitar el control judicial, a posteriori, de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad personal no acordadas judicialmente, y ello se realiza mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere que está privada de libertad personal ilegalmente”<sup>1068</sup>.

La LOHC 6/84 señala, en su Exposición de Motivos, que tiene como objetivo establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales. GÓMEZ COLOMER entiende que “se trata de un derecho que posee toda persona, para solicitar del juez la tutela

---

por una parte, se trata de la asistencia letrada durante la detención preventiva -a tenor del artículo 17.3 CE- y por otra, la asistencia en el momento posterior, cuando el acusado del delito se encuentre ya a disposición judicial, lo que se encuadraría en el artículo 24.2 de la CE. STC 21/2018, de 5 de marzo. Fundamento Jurídico 4, apartado b.

<sup>1067</sup> RIVERO SANTANA, V.: La detención como figura representativa...op. cit., página 100.

<sup>1068</sup> Auto del TC 183/2010, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 2, y STC 173/2008, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 3, entre otras resoluciones.

de su libertad personal, la cual ha podido ser puesta en peligro o atacada por una detención ilegal”<sup>1069</sup>

Por su parte, LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, critica duramente la LOHC y la califica como “confusa, contradictoria, parca, inadecuada, minimalista y en consecuencia, como ya hemos repetido hasta la saciedad, es ineficaz y abocada al desuso y al olvido”<sup>1070</sup>. A su juicio el *habeas corpus* vigente, simplemente “crea una apariencia de nueva vía para proteger las violaciones de la libertad individual garantizada en el artículo 17 CE, cuando lo que realmente hace es duplicar un sistema de protecciones contra las detenciones gubernativas y policiales ilegales que ya estaba desde hace años perfectamente asentado en el ordenamiento español”.

Al respecto, consideramos evidente que el procedimiento de *habeas corpus* es mejorable, probablemente al igual que la mayoría de las normas jurídicas, pero entendemos que es una institución imprescindible y necesaria, que viene a concretar la exigencia de una garantía del derecho fundamental a la libertad personal.

Como es sabido, sobre la distinción entre el *habeas corpus* y los procesos penales, estos últimos son aquellos a través de los cuales se realiza el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, frente a todo sujeto que haya cometido un delito. Opinamos que esta no es su finalidad. En esta línea, se posiciona el TC <sup>1071</sup> no reconociéndole carácter de proceso penal, y

---

<sup>1069</sup> GÓMEZ COLOMER y otros autores: Derecho jurisdiccional, editorial Bosch, Barcelona 1994, página 710.

<sup>1070</sup> LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*, Editorial Colex, 1992.

<sup>1071</sup> STC 98/86, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 1 “se nos pide que examinamos si la denegación judicial de la demanda de *habeas corpus* menoscabó los derechos que se invocan en la motivación de la queja constitucional y sólo de esto es de lo que podemos conocer ahora, pues las hipotéticas infracciones por actos o por vías de hechos de los funcionarios de la Policía, al practicar la detención que se dice

añadiendo que los que hayan sufrido agravios a causa de la ilegalidad de la detención, podrán buscar la reparación en derecho por las vías jurisdiccionales adecuadas.

En cuanto a los caracteres que la mayor parte de la doctrina le conceden. En el derecho español, el procedimiento de *habeas corpus* tiene un funcionamiento de proceso judicial declarativo, con el que se trata de verificar si se ha dado cumplimiento legal a una medida de privación de libertad que ha sido adoptada por particular o por funcionario público, es decir, no por una autoridad judicial.

Es un procedimiento sumarial, por la limitación de su objeto y de los medios de prueba, así como por la existencia de unos plazos muy breves para su tramitación.

Y también es, por supuesto, preferente, ya que debe ser incoado inmediatamente tras la presentación de su solicitud. De igual modo, podemos apuntar que es un proceso especial, dado que la finalidad de éste es el reconocimiento del derecho a la libertad personal y su rápido restablecimiento.

Y en esta misma postura nos encontramos con GIMENO SENDRA quien señala que el procedimiento de *habeas corpus* es preferente y especial, con el que ante el órgano jurisdiccional competente, el actor demanda el restablecimiento del derecho fundamental constitucional a la libertad, el cual ha podido ser violado por una detención ilegal realizada por un sujeto que no forma parte del Poder Judicial<sup>1072</sup>.

---

producida, o en el curso de la misma, pueden ser perseguidas por los actores a través de las vías jurisdiccionales adecuadas”.

<sup>1072</sup> GIMENO SENDRA, V.: Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Colex, Madrid, 1997, página 818.



En esta línea, VALBUENA GARCÍA sostiene que “nos hallamos ante una institución que nada tiene que ver con el proceso penal en sí, y que constituye un proceso especial y autónomo de tutela del derecho fundamental a la libertad personal, por lo que consideramos, totalmente acertada, la atribución legal de competencia al Juez de Instrucción”<sup>1073</sup>.

Amplía esa visión CARBALLO ARMAS, apuntando que estamos ante una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes <sup>1074</sup> . En decir, considera el proceso como especial o especialísimo por razón de la materia<sup>1075</sup>.

Resulta obvio que el *habeas corpus* es un derecho de naturaleza constitucional, en esta línea, CASTAÑEDA OTSU añade que “el *habeas corpus* ostenta una naturaleza “peculiar”, calificándolo como un

---

<sup>1073</sup> VALBUENA GARCÍA. E.: Medidas Cautelares...op. cit., página 170.

<sup>1074</sup> CARBALLO ARMAS, P.: Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno al procedimiento de *habeas corpus* en España (nuevas perspectivas de la tutela de los derechos fundamentales en los albores del siglo XXI), Pensamiento constitucional, Año X, número 10, 2004, página 164.

<sup>1075</sup> Incluso el TC se ha manifestado recientemente y en este sentido, con su sentencia 21/2018, de 5 de marzo. Fundamento Jurídico.4, apartado a) concluye que, el procedimiento de *habeas corpus*, es un “procedimiento urgente, de carácter especial, cognición limitada y única instancia”. Indicando que “el recurrente instó la protección judicial de sus derechos a través de la petición de «*habeas corpus*» dando lugar, así, a un procedimiento urgente, de carácter especial, cognición limitada y única instancia en el que únicamente es posible valorar «la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que el Juez puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas -de lo que las mismas tuvieron de posibles infracciones del ordenamiento- más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad (artículo 8.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), y adoptando, en su caso, alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9 del mismo texto legal» (SSTC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 1 y 303/2005, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 2)”.

procedimiento constitucional de tutela urgente del derecho a la libertad personal y derechos conexos del detenido<sup>1076</sup>, coincidiendo con una gran parte de la doctrina, que opina que no es un proceso penal, sino un procedimiento constitucional.

Posición que compartimos plenamente, dado que tiene su génesis en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, y prueba de ello es la vía directa que concede ante el TC - por su interposición a través del recurso de amparo-.

En otras palabras, y en línea con la mayoría de la doctrina, entendemos que el procedimiento de *habeas corpus* es un proceso constitucional de amparo, dado que también trata de buscar directamente la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la CE<sup>1077</sup>.

Resulta notorio que se trata de un procedimiento con el que se tutela el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE. Al respecto, la jurisprudencia del TC considera que la CE pretende que, con su solicitud, puedan terminar inmediatamente las situaciones irregulares de privación de libertad personal<sup>1078</sup>.

Añade JIMÉNEZ DE PARGA que el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía institucional, acuñando con ello una nueva categoría dogmática, tratando, de ese modo, explicar la naturaleza jurídica del

---

<sup>1076</sup> CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía histórica ...op. cit., página 61.

<sup>1077</sup> En este sentido se ha manifestado la doctrina del TC sosteniendo que, con el *habeas corpus*, se admite el acceso directo al recurso de amparo ante el TC. SSTC 1/1995 y 26/1995, entre otras y más recientemente la STC 21/2018, ya citada.

<sup>1078</sup> SSTC: 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 1; 26/1995, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 5; y 62/1995, de 29 de marzo, Fundamento Jurídico 4.

*habeas corpus*, por lo que resulta de la tutela efectiva en todas sus vertientes y “que se salvaguarda, tanto mediante la obtención de una resolución de fondo, como una resolución liminar de rechazo a tramitar el incidente, siempre que ambas estén debidamente fundamentadas”<sup>1079</sup>.

Al respecto, diremos que no compartimos su afirmación en lo que se refiere a su eficacia incluso con el supuesto de un rechazo liminar a su admisión -si se han reunido lo requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC-. Entendemos que ello desnaturaliza al propio procedimiento.

A este respecto debemos puntualizar que la posibilidad de la inadmisión *a limine* de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, fue una de las debilidades de dicho procedimiento, y la causa de su ineficacia en un gran número de casos<sup>1080</sup>.

Por su parte, GUDE FERNÁNDEZ destaca que “el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía procedimental al servicio de uno de los -derechos- más importantes, la libertad personal” y continúa expresando que, “(...) es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental<sup>1081</sup> a la libertad personal”<sup>1082</sup>.

---

<sup>1079</sup> Voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA, emitido en la STC 287/2002, de 27 de noviembre, que concuerda con lo declarado por el TC en la STC 44/1991 de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2.

<sup>1080</sup> En este sentido se ha manifestado del TC en estos últimos años, y según se desprende de sus sentencias: 13/2017, de 30 de enero, y 21/2018, de 5 de marzo, y en la más reciente 72/2019, de 20 de mayo.

<sup>1081</sup> Siendo este un aspecto en el que coincidimos con ella, dado que la protección de la libertad personal es uno de los propósitos más importante del *habeas corpus*, sin duda alguna.

<sup>1082</sup> Autora que señala “... que coincide plenamente con el TC el cual declara en su STC 154/1995 de 24 de octubre en su Fundamento Jurídico cuarto”. GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus*...op. cit., página 57,

Dicho lo anterior, veamos lo que no es el procedimiento de *habeas corpus*.

Como bien advierte el profesor MARTÍN OSTOS "no es un recurso, pues la finalidad de los medios de impugnación estriba en obtener la revisión de las resoluciones judiciales, y no es el caso del procedimiento de *habeas corpus*", y en esta posición nos situamos. Dicha revisión se contrae al examen de una detención adoptada por un órgano carente de jurisdicción que, en la mayoría de los supuestos que se plantean, suelen ser agentes de la autoridad y, excepcionalmente, particulares.

Es decir, no son aplicables al *habeas corpus* las disposiciones relativas a los recursos<sup>1083</sup>, contenidas en el Título Décimo del Libro Primero de la LECR, ni tampoco las previstas para el procedimiento penal.

Por consiguiente, en línea con lo dicho y como indica LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ "no cabe hablar de la existencia de efectos devolutivos y suspensivos en cuanto a la iniciación del procedimiento y de sus consecuencias, sino de un auténtico ejercicio del derecho de acción de la solicitud de *habeas corpus* ante el órgano judicial competente"<sup>1084</sup>.

Sobre el posible carácter preventivo del procedimiento de *habeas corpus*, a juicio de GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, no es un proceso cautelar,

---

<sup>1083</sup> En idéntico sentido, se manifiesta GARCÍA-ROSTÁN CALVIN quien destaca que "el *habeas corpus* no es un recurso, pues no se trata de un mecanismo para impugnar una resolución judicial". GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G.: Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/1984 de *habeas corpus*, Anales del Derecho, Universidad de Murcia, número 14, 1996, página 91.

Entendemos que tal posición es reflejo de la legislación vigente y de la contundencia de la doctrina del TC en este sentido en sentencias como la 31/1985 Fundamento Jurídico 1, y en los Autos del 443/1987, 447/1989 y 442/1986.

<sup>1084</sup> LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*...op. cit., página 32.

sino un proceso judicial declarativo para controlar el cumplimiento legal de una medida de privación de libertad, por lo general de naturaleza cautelar, adoptada por un particular, funcionario o autoridad no judicial<sup>1085</sup>.

En suma, por una parte, se trata de un procedimiento<sup>1086</sup>; declarativo, sumarial, preferente, de indudable carácter especial, constitucional, institucional, de garantía,. Y, por otra, no constituye un recurso y no se trata de un proceso penal<sup>1087</sup> o cautelar.

## 2.- La detención en el procedimiento de habeas corpus

La detención<sup>1088</sup> es, indudablemente, el presupuesto necesario para que pueda incoarse este procedimiento. El TC sostiene que “debe entenderse como cualquier forma de privación de la libertad ambulatoria,

---

<sup>1085</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G.: Reflexiones en torno a la Ley...op. cit., página 88.

Opinión que no es compartida por LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*...op. cit., página 69.

<sup>1086</sup> Procedimiento de instancia única y de cognición delimitada.

<sup>1087</sup> Los procesos penales vienen a ser el instrumento a través del cual el Estado, ejercita el *ius puniendi* frente a toda persona que hubiese cometido el delito. Y en este caso el procedimiento de *habeas corpus* tan solo se encuentra en una fase anterior, en la que desconocemos si se ha producido el delito, bien por parte del sujeto detenido privado de libertad personal, por parte de los agentes actuantes o del particular (artículos: 163.4, 167 y 530 CP) incumpliendo los requisitos exigidos por la ley para la realización de una detención legal.

<sup>1088</sup> De la doctrina del TC se deduce el concepto de detención, disponiendo que es aquella “situación fáctica en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para determinar, por obra de su voluntad, una conducta ilícita”.

En ese sentido se pronuncia, en su sentencia 98/1986, en la que añade “debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, 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”.

independientemente de cómo se califique jurídicamente, o la forma que adopte, por lo que serán consideradas como tales, no solo las previstas en la LECR, sino también las llamadas detenciones especiales”<sup>1089</sup> -por ejemplo, el internamiento de un incapaz en un centro especializado, entre otros supuestos-.

El TS ha destacado repetidamente que la detención comprende, no solo el acto de detener sino aquellos otros sobre su mantenimiento o prolongación.

En cuanto al desarrollo de los actos de la detención, CARBALLO ARMAS, pone de manifiesto que “el *modus operandi* de las actuaciones policiales, en la práctica de una detención, encierra graves deficiencias en las expectativas merecedoras de tutela”<sup>1090</sup>.

Ello podría deberse, por una parte, a la falta del cumplimiento estricto de los protocolos establecidos para los supuestos de detención preventiva y, de otra, el desconocimiento de la ley por parte de los detenidos, y su confusión en cuanto a algunos de los derechos que les asisten o la mejor estrategia para su defensa. Por consiguiente, nos encontramos, con más frecuencia de la deseada, con situaciones en las que se detiene vulnerando el derecho a la libertad personal, en alguna de sus diferentes vertientes.

En este punto, y en relación con las diferentes vías y modos por las que se puede trasgredir este derecho, dirigimos nuestra atención a las

---

<sup>1089</sup> El TC sostiene que “debe entenderse como cualquier forma de privación de la libertad ambulatoria, independientemente de cómo se califique jurídicamente, o la forma que adopte, por lo que serán consideradas como tales, no solo las previstas en la LECR, sino también las llamadas detenciones especiales” -por ejemplo, entre otros supuestos: el internamiento de un incapaz en un centro especializado-. STC 104/1990, de 4 de junio.

<sup>1090</sup> CARBALLO ARMAS, P.: Derecho fundamental al debido...op. cit., página 149.

disposiciones establecidas por la LOPSC, la cual recoge en sus artículos 16 a 19: las restricciones a la libertad personal, la identificación de

personas<sup>1091</sup> (artículo 16<sup>1092</sup>), la limitación del tránsito y controles en las vías públicas (artículo 17), las comprobaciones y registros en lugares públicos

---

<sup>1091</sup> Artículo 16 de la LOPSC 4/2015, de 30 de marzo, Identificación de personas “1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las FCSE podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados. En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años.



(artículo18), y por último, las disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación (artículo19).

En relación con dichos preceptos, nos centramos de nuevo en el importante artículo 16.1 LOPSC, el cual muestra claramente la intención del legislador de limitar al máximo las injerencias y la privación de la libertad ambulatoria. Prueba de ello es, por ejemplo, el requisito previsto para llevar a cabo la identificación de las personas, exigiendo que existan evidencias de su posible intervención en la comisión de un delito o infracción administrativa. Y en el supuesto de que dicha comisión no se hubiese producido, para evitar su ejecución posterior. Lo que descarta la posibilidad de que se realicen identificaciones arbitrarias legalmente cubiertas.

En línea con lo anterior, también es importante destacar que, en los últimos años, el ordenamiento jurídico comunitario<sup>1093</sup> ha mostrado especial

---

4. A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el CP, en la LECR, y en su caso, en esta Ley”.

<sup>1092</sup> Incluso se especifica en el artículo 16.2 LOPSC, un plazo máximo de seis horas, para los supuestos en que sea necesario acompañar a los agentes a las dependencias policiales a los efectos de la identificación de las personas.

<sup>1093</sup> Normativa de la Unión Europea:

- Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, Diario Oficial de la UE L 280, de 26 de octubre de 2010.
- Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, Diario Oficial de la UE L 142, de 1 de junio de 2012.
- Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, Diario Oficial de la UE L 315, de 14 de noviembre de 2012.

preocupación por el respeto al derecho a la libertad personal, como demuestra la cantidad de normativa aprobada y relacionada con ello. Tratando de impedir, de ese modo, la ilegalidad y arbitrariedad en las injerencias y la privación de la libertad ambulatoria.

De esta serie de normas, podemos destacar, como consecuencia de su alcance y trascendencia en el conjunto normativo la Directiva 2012/13/UE<sup>1094</sup>, y la Directiva 2013/48/UE.

### **3.- Motivos que fundamentan el *habeas corpus* o que permiten interponerlo**

En primer lugar, y en la línea de lo que hemos venido exponiendo, podemos afirmar que se considerarán ilegales las detenciones cuando

- 
- Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, Diario Oficial de la UE L 294, de 6 de noviembre de 2013.
  - Directiva (UE) 16/343, de 9 de marzo de 2016, con la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, Diario Oficial de la UE L 65, de 11 de marzo de 2016.
  - Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, Diario Oficial de la UE L 132, de 21 de mayo de 2016.
  - Directiva (UE) 2016/1919, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, Diario Oficial de la UE L 297, de 4 de noviembre de 2016.

<sup>1094</sup> La cual, establece en su artículo 6.2 que “los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa”.

concurran algunas de las siguientes circunstancias; ausencia o insuficiencia de imputación, exceso en el cumplimiento de los distintos plazos establecidos y, por último, el impedimento de acceso a las diligencias y atestado. Situaciones en las que nos centraremos a continuación.

En cuanto a la falta o insuficiencia de imputación, debemos ocuparnos de los motivos que permiten la detención preventiva<sup>1095</sup>. De ello se encargan los artículos 489 y siguientes de la LECR. El artículo 489, recoge expresamente el principio de legalidad, estableciendo que ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

A tenor de lo establecido en el artículo 490 LECR, -precepto del que ya nos hemos ocupado con anterioridad- procede la detención en los siguientes supuestos:

- Al que intentare cometer un delito, o en el momento de ir a cometerlo.
- Al delincuente *in fraganti*.
- Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle cumpliendo condena. de la cárcel en que estuviere esperando su traslado, al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
- Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar en el que debe cumplir la condena.
- Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
- Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

---

<sup>1095</sup> Como ya vimos en el Capítulo I, podríamos calificarla como aquella medida cautelar de privación de libertad aplicable al sospechoso de cometer un hecho delictivo, que dura desde su aprehensión física hasta su puesta en libertad o en prisión.

Nos encontramos, por tanto, ante unas condiciones concretas que deben formar parte de los requisitos exigidos para poder proceder a dicha detención, y de tales circunstancias ha de ser informado el detenido.

Tratando de condensar tales supuestos, CARBALLO ARMAS apunta que “en relación con cada caso, el hecho que se le impute debe ser concreto y no genérico. Y todavía más, debe conocerse su grado de participación, y por razones también obvias, ha de constatarse que el detenido comprende la causa de su detención”<sup>1096</sup>. Compartimos su opinión, sin embargo, no iríamos tan lejos en cuanto a la necesidad de conocer el grado de participación. Será suficiente con conocer su existencia.

Sobre el exceso de plazo en la detención, recordemos que el artículo 17.2 CE establece la duración estrictamente necesaria para la investigación pertinente, nunca superior a las setenta y dos horas.

En este apartado, hemos de incidir, de nuevo, en el aspecto esencial sobre su extensión, y es aquí, como ya advertimos en su momento, donde nos encontramos con el hecho que en la práctica diaria se produce en demasiadas ocasiones, y es un cierto *lapsus* o confusión sobre la correcta interpretación de la norma, sobre la posibilidad de que la detención puede durar setenta y dos horas. Excepción hecha, de lo dispuesto en los artículos 527 y 509 LECR.

Nuestra postura al respecto es que no hay justificación alguna para dilatar la detención hasta agotar ese plazo máximo de duración cuando las diligencias e investigaciones realizadas hayan sido suficientes para el esclarecimiento de los hechos.

---

<sup>1096</sup> CARBALLO ARMAS, P.: Derecho fundamental al debido...op. cit., página 155.

Sin embargo, ¿cómo podría demostrarse que las diligencias imprescindibles han concluido? ¿cómo poner de manifiesto que se le está reteniendo de manera innecesaria y arbitraria? No siempre es fácil. Lo que nos conduce a una situación en que el agotamiento del periodo de setenta y dos horas, frecuentemente, queda en manos de la voluntad del agente de la autoridad.

Probablemente, una exposición de las diligencias efectuadas y las circunstancias en las que éstas se han desarrollado, facilitaría la comprobación del tiempo que han requerido y justificarían en muchos casos el posible agotamiento de las setenta y dos horas, por parte de las FCSE.

A lo anterior, debemos añadir la particularidad de lo establecido en el artículo 55.2 CE, es decir, la posibilidad de suspensión de algunos de los derechos que tienen como detenidos las personas sospechosas de pertenencia a bandas armadas o grupos terroristas. Tal precepto nos dirige, a su vez, hasta el artículo 520 bis LECR en el que se determina la posibilidad de prolongar la detención preventiva cuarenta y ocho horas, siempre y cuando, tal prórroga fuese solicitada motivadamente al juez, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas, y a su vez, sea autorizada por éste en las siguientes veinticuatro horas, lo que nos lleva a una detención que tendría cinco días como plazo máximo<sup>1097</sup>.

---

<sup>1097</sup> El período de 5 días de detención, dispuesto en el artículo 520 bis 1) LECR, podría parecer desmedido y, no exclusivamente porque se retrasa la puesta a disposición de la autoridad judicial del detenido, sino por la peligrosidad que conlleva una medida de estas características y porque ello podría, a juicio de LAMARCA PÉREZ transformarse en un instrumento de debilitamiento de la voluntad del detenido. Sin embargo, no compartimos tal postura. La dificultad de investigación, la complejidad de las estructuras organizativas de las organizaciones terroristas y la puesta en peligro, en un gran número de ocasiones, de la vida de otras personas, justifican, en nuestra opinión, cuarenta y ocho horas más de actuaciones de investigación. LAMARCA PÉREZ, C.: La última recepción de la normativa antiterrorista en la

Tampoco debemos perder de vista el propio artículo 55.1 CE, que ofrece la posibilidad de suspender algunos de los derechos de los detenidos, incluida la ampliación del plazo máximo de la detención -que no podrá tener duración superior a los diez días-, ello en el supuesto de que se acordase la declaración del estado de excepción o de sitio, que viene establecida en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>1098</sup>.

En cuanto a los menores de edad, ya expusimos en páginas precedentes que la LORPM 5/2000, dispone en su artículo 17.4 y 5 que la detención de un menor no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, quien habrá de resolver dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención sobre la puesta en libertad, el desistimiento o la incoación del expediente. Por último, en el artículo 17.6 LORPM se designa como Juez competente para el procedimiento de *habeas corpus*, al Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor detenido.

Por lo que se refiere al acceso a las diligencias y atestado, resulta este uno de los aspectos esenciales, como ya hemos expuesto en los capítulos anteriores.

Así pues, toda la información, tanto oral como escrita que se proporcione al sujeto detenido, debería incluir en el atestado el reflejo

---

legislación común, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLII, 1989, página 982.

<sup>1098</sup> Debemos puntualizar que estos supuestos se refieren al estado de excepción, puesto que el artículo 32 de la citada LO 4/1981 no establece el periodo de duración de la detención en el estado de sitio.

expreso de dicho acto, con constancia de fecha y hora.

Sobre ello, la UE ha mostrado una posición clarificadora a través de su Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales<sup>1099</sup>, la cual viene a establecer, sin ambages, este derecho de acceso a la información obrante en el expediente, y ello debe cumplirse con una antelación suficiente que permita poder ejercitar un efectivo derecho de defensa e impugnación de la privación de libertad, circunstancia ésta no menos crucial y determinante.

El propio TC, se ha manifestado, repetidamente sobre dicha Directiva, subrayando su importancia y debido cumplimiento<sup>1100</sup>.

---

<sup>1099</sup> Mientras que el TJUE declaró que, ciertamente, el artículo 1 Directiva 2012/13/JUE “consagra el derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas”. STJUE Covaci (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párrafos. 52-58.

Sin embargo, del artículo 3 de dicha Directiva se deduce que el artículo 1 del mismo texto legal se refiere a derechos, del sujeto, distintos; es decir, de una parte, los derechos procesales y, de otra, el derecho a recibir información específica sobre la acusación desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal -artículo 6 dicha Directiva-. Así lo señaló en dicha sentencia al ocuparse respecto de la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 2, 3, apartado 1, letra c), y 6, apartados 1 y 3, de la citada Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

<sup>1100</sup> De hecho, la STC 21/2018, recoge literalmente una serie de derechos a la información, aplicables tanto a los sujetos investigados y encausados (artículo 118 LECR) y detenidos o presos (artículo 520 LECR), y que consideramos sin exageración alguna, que habría de convertirse en un verdadero “protocolo y manual de instrucciones” en dependencias policiales y centros de detención. La citada STC 21/2018, desarrolla, de manera pormenorizada y extensa, en sus Fundamentos Jurídicos. 6, 7 y 8, el derecho a la información.

Es decir, es indudable el derecho que asiste al detenido sobre el acceso a la información existente sobre su detención, derecho previsto por una serie de preceptos y normas, tanto de ámbito nacional como europeo<sup>1101</sup>.

Si bien, en estas últimas sentencias el Alto Tribunal exige que la solicitud de la información de la diligencia y actuaciones que afectan al detenido, debe realizarla el propio detenido, o en su caso, el letrado que le defiende y representa, debiendo fundamentar y argumentar en dicha petición a qué documentos e información desea tener acceso. No compartimos dicha postura, dado que consideramos que la información habría de ser ofrecida de oficio, un ofrecimiento expreso y una información amplia y suficiente –en lo referente a la situación del sujeto detenido- de la que hará uso, el detenido o su letrado, de la forma que más oportuna consideren, en aras a ejercitar su derecho a la defensa.

A este respecto, ya anticipaba CARBALLO ARMAS que resultaría aconsejable que el abogado, a fin de lograr una mejor “asistencia técnica”, pudiera acceder a las diligencias efectuadas desde su personación en sede policial<sup>1102</sup>, de lo contrario nos encontraríamos ante la omisión de una de las garantías establecidas para la detención<sup>1103</sup>. Así como facilitarle al sujeto los elementos necesarios para establecer una mejor estrategia de defensa, que constituye, al fin y al cabo, uno de sus principales objetivos.

---

<sup>1101</sup> Entre ellos destacamos: artículo 118 LECR; artículo 520. 2 LECR y artículos 6.2, 7.1 y 8 Directiva 2012/13/UE, a los que debemos añadir la obligatoria jurisprudencia del TC que se ha manifestado en este sentido, entre otras, en las recientes sentencias; 21/2018, 11/2019, 72/2019.

<sup>1102</sup> CARBALLO ARMAS, P.: Derecho fundamental al debido...op. cit., página 160.

<sup>1103</sup> La información debe ser proporcionada de forma inmediata, debiendo realizarse antes de que se produzca el primer interrogatorio por parte de los agentes actuantes, ello evitará la angustia e incertidumbre que suele suceder en este tipo de situaciones. STC 21/2018, de 5 de marzo.



Circunstancia ésta que, como veremos, aunque ha sido recogida tanto por la normativa europea<sup>1104</sup> como por el derecho nacional<sup>1105</sup>, el abogado defensor, en la práctica diaria, continúa teniendo verdaderas trabas para disponer de ello<sup>1106</sup>. Como ya dijimos en su momento, respecto del contenido de la información<sup>1107</sup> proporcionada al detenido, ésta comprende; por una parte, sobre su situación legal, y por otra, la prevención inmediata de sus derechos<sup>1108</sup>, los hechos que le imputan y, por supuesto, las razones que han motivado la detención.

---

<sup>1104</sup> Incumplimiento de los artículos: 3, 4.2 a) y 7 de la Directiva 12/13/UE.

<sup>1105</sup> Inobservancia de lo dispuesto en los artículos 118.1 a) y b) y 520.2 d) LECR, sobre la entrega del expediente de instrucción o de los elementos imprescindibles para la posible impugnación de la privación de libertad.

<sup>1106</sup> Así lo ha señalado el TC alertando sobre su incumplimiento. SSTC 21/2018, de 5 de marzo; 11/2019, de 28 de enero; y 72/2019, de 20 mayo de 2019.

<sup>1107</sup> STC 21/2018, de 5 de marzo, la cual establece en su Fundamento Jurídico 7 que “el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio, con quien previamente puede entrevistarse reservadamente, podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder”.

<sup>1108</sup> Lo anterior se encuentra comprendido como derechos del detenido recogidos en el artículo 520. 2 d) LECR. Es decir, debe reflejarse en dicha información la conexión que pueda existir entre el suceso que se esté investigando y las acciones o conducta del detenido. Será necesario incorporar en la información proporcionada al detenido, las fuentes de las pruebas que conduzcan a la conclusión, de la posible relación del sujeto detenido con el delito investigado, y, cuando nos referimos a las fuentes de las pruebas, estamos hablando de todo tipo prueba posible en derecho. Lo anterior debe ir dirigido a facilitar al detenido el acceso a los elementos fundamentales de las acciones policiales para la posible impugnación de la legalidad de la detención. Recordemos la cantidad de preceptos y legislación, nacional y europea, que se ocupa expresamente del derecho del detenido al acceso a la información sobre su detención: artículo 118 LECR; artículo 520. 2 de la LECR; artículos 6.2 y 7.1 Directiva 2012/13/UE, e incluso el TC, se ha manifestado explícitamente en este sentido, véase su reciente STC 21/2018, de 5 de marzo de 2018.

Sobre esto último, el TC ha declarado que la información ha de ser solicitada por el propio detenido, o en su caso, por el abogado que le asista, debiendo argumentar a qué elementos desea tener acceso. Insistimos en que la información debería ser proporcionada de oficio, siempre y suficiente en todo caso<sup>1109</sup>.

Por consiguiente, todo ciudadano que crea haber sido privado de su libertad personal ilegalmente, podrá presentar solicitud de incoación de procedimiento de *habeas corpus*. Es en este punto donde adquiere mayor alcance e influencia la referida STC 21/2018 dado que, de manera inequívoca, el Alto Tribunal viene a establecer la distinción entre la ilicitud de la detención y la inadmisión *a limine* del procedimiento de *habeas corpus* por parte del Juzgado de Instrucción competente<sup>1110</sup>.

---

<sup>1109</sup> El acceso a los datos no debería quedar exclusivamente en manos del detenido, ya que podría no poseer el suficiente ánimo para solicitarlo y exigirlo o, en su caso, que dependa del interés o pericia profesional del abogado actuante -sin perjuicio de su responsabilidad por tal proceder-.

Todo ello podría dar lugar a situaciones de verdadera indefensión. Sostenemos que la información es debida al sujeto privado de libertad personal, y debería ser ofrecida de forma expresa y clara. Haciendo uso, el detenido o su letrado, del modo que estimen más oportuno en la defensa de los intereses del detenido.

<sup>1110</sup> En dicha sentencia se pone de manifiesto que la actuación de los agentes de la autoridad que llevaron a cabo la detención, podrían haber vulnerado los derechos establecidos en los artículos 17.1 y 3 y el 24.2 CE, mientras que la actuación de la autoridad judicial, fue resolver sobre el fondo del asunto, vulnerando el derecho del detenido a obtener la tutela judicial que se desprende del artículo 17.4 CE.

Cita literalmente la STC 21/2018, de 5 de marzo de 2018, en su Fundamento Jurídico 2, que “por lo tanto, al igual que en otros supuestos ya analizados por este Tribunal en relación con detenciones cautelares gubernativas no acordadas judicialmente, ya sean de carácter penal o de distinta naturaleza (SSTC 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 1; 224/1998, de 24 de noviembre; 174/1999, de 27 de septiembre, 288/2000, de 27 de noviembre; 224/2002, de 25 de noviembre, 23/2004, de 23 de febrero; 165/2007, de 2 de julio, 95/2012, de 7 de mayo, y más recientemente,

Inciendo de nuevo en esta posición, ha manifestado el TC<sup>1111</sup> en su sentencia 72/2019 que “el objeto del recurso de amparo es determinar si concurre situación de ilegalidad en la privación de libertad personal y si con ello se ha vulnerado el derecho del recurrente a su libertad personal (artículo 17.1 y 4 CE)”. A lo que añade el Alto Tribunal, que la vulneración de este derecho carece de autonomía propia y debe ser analizada conjuntamente con la eventual vulneración del artículo 17.4 CE.

En otras palabras, la ilegalidad de la detención y la inadmisión del *habeas corpus*, están directamente relacionadas, pero han de analizarse por separado. La detención podría haber sido legal, y a su vez haberse vulnerado el derecho del detenido al procedimiento de *habeas corpus*, como consecuencia de una inadmisión a *limine* injustificada.

La libertad personal necesita de la garantía del procedimiento de *habeas corpus* para su protección. Otra cosa bien distinta es que su eficacia se vea limitada por la actuación de los Juzgados de Instrucción, lo que pone de manifiesto el propio TC, como veremos más adelante.

---

la STC 32/2014, de 24 de febrero), nos hallamos en este caso, formal y materialmente, ante lo que hemos denominado un «recurso de amparo mixto» correspondiente tanto a la previsión del artículo 43 LOTC como a la de su artículo 44. Junto a la queja principal referida a la actuación desarrollada por los agentes de la autoridad durante su detención preventiva (artículos 17.1 y 3 y 24.2 CE), la segunda pretensión de amparo, compatible con la anterior, no coincide con la misma, pues cuestiona, adicionalmente, la respuesta judicial de fondo e irrecurrible en cuanto denegó la incoación del procedimiento de «habeas corpus» a través del cual el detenido trató de obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales (artículo 17.4 CE). Como hemos constatado en resoluciones anteriores, el carácter mixto del recurso de amparo no puede ser obviado porque es decisivo para determinar la incidencia sobre una y otra pretensión impugnatoria de los óbices procesales planteados por el Ministerio Fiscal (STC 145/2015, de 25 de junio, Fundamento Jurídico 2)”

<sup>1111</sup> STC 72/2019, de 20 de mayo, Fundamento Jurídico 1.

A este respecto y de modo muy relevante, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>1112</sup>, en su reciente Auto de fecha 19 de noviembre de 2019, ha declarado la nulidad de los Autos de prisión de cuatro detenidos, como consecuencia de no haberseles facilitado por parte de los agentes instructores, la información necesaria y esencial para impugnar su privación de libertad.

La Sala de lo Penal fundamenta esta decisión en la última jurisprudencia del TC, relacionada con las razones y derechos de la detención en causas que se encuentren bajo secreto, en las que ha de facilitarse los datos esenciales con el objetivo de garantizar el derecho a la defensa y, añade la Audiencia Nacional que será el juzgado instructor el encargado de fijar cuáles son los elementos básicos y esenciales de las actuaciones a las que ha de permitirse acceder al detenido o a su abogado defensor<sup>1113</sup>.

Es decir, la disponibilidad de la información esencial sobre los motivos que han dado lugar a la detención preventiva, está directamente relacionada con la garantía constitucional a la defensa del derecho a la libertad personal y la posible interposición, cumplidos los requisitos de admisibilidad, del procedimiento de *habeas corpus*, el cual se encuentra unido a tal derecho.

Por su parte y en esta línea, el TEDH ha destacado repetidamente que las circunstancias, hechos y motivaciones que originan la detención y

---

<sup>1112</sup> Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Auto de fecha 19 de noviembre de 2019,

<sup>1113</sup> Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 2019, en que se señala que, el acceso a los elementos esenciales de la investigación, ha de permitirse “compaginándolo en su caso con el secreto, pero sin que pueda denegar de forma absoluta cualquier clase de acceso amparándose de forma general en el secreto”.

la privación de libertad, componen un elemento necesario e imprescindible para poder calificar si es ilegal o no una detención<sup>1114</sup>.

Recapitulando cabe afirmar que estamos ante tres circunstancias que posibilitan la interposición del procedimiento de *habeas corpus*: en primer lugar, en el caso de que exista una total ausencia -o insuficiencia- de imputación; en segundo, que no se cumplan escrupulosamente los distintos plazos establecidos para los supuestos de detención preventiva o los casos especiales de limitación de la libertad personal -véase; identificación con traslado, etcétera-; y por último, que no se facilite la información mínima necesaria para la impugnación de la detención o la defensa de los derechos del detenido. Si bien, podemos concluir con una cláusula de cierre, que también se permite interponer el procedimiento cuando en la detención exista alguna circunstancia que pueda ser considerada como ilegal<sup>1115</sup>.

#### **4.- Circunstancias de la detención judicial**

Este es uno de los aspectos en los que podemos ser taxativos. Como ya hemos comentado, para la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, se exige que la detención no haya sido judicial<sup>1116</sup>. Puesto que, en caso contrario, la ilegalidad de la detención se afrontará mediante la vía de recursos -apelación-, o en su caso, a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria -en el supuesto de los penados-.

---

<sup>1114</sup> Entre otras, no referimos a la STEDH de la Gran Sala, Asunto Mooren v. Alemania, Sentencia 11364/03, de 9 de julio de 2009, Fundamento Jurídico 5.

<sup>1115</sup> El artículo 1. a) LOHC establece que serán consideradas ilegalmente detenidas las personas que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público, o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes

<sup>1116</sup> En este último caso se ha previsto como un recurso de amparo directo, de modo que no se requiere agotar la vía judicial ordinaria para su interposición. STC 37/1999, de 22 de marzo.

Al afectar a un derecho fundamental, siempre cabe en última instancia el recurso de amparo ante el TC, previamente agotada la vía ordinaria.

## **5.- Fases del procedimiento.**

### **5.1.- Presentación de la solicitud**

Tras la presentación de la solicitud de incoación, el juez realizará un examen sobre el cumplimiento de los requerimientos necesarios para su tramitación: presupuestos procesales del propio órgano jurisdiccional – competencia y jurisdicción-; requisitos exigidos a las partes respecto de su capacidad procesal y como parte; así como las exigencias formales del propio escrito, tras lo cual el juez dará traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal.

De ese modo se pronuncia el artículo 4 LOHC<sup>1117</sup>, disponiendo que el procedimiento se iniciará -salvo cuando se incoe de oficio-, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de abogado ni de procurador <sup>1118</sup>. En todo caso deberán constar: el nombre y

---

<sup>1117</sup> Establece el TC que “los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por todas, STC 35/2008, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 2”.

<sup>1118</sup> En la iniciación del procedimiento, hay una absoluta dispensa de postulación, no son necesarios los servicios de letrado y procurador, lo cual no impide que se pueda recurrir a sus servicios, como pone de manifiesto en este último aspecto el TC, el cual declara que el artículo 24.2 CE<sup>1118</sup> no consiente que se impida al acusado el derecho a la asistencia de abogado, derecho que incluso se tiene aunque no sea preceptiva la defensa por medio de letrado. En este sentido se pronuncia la STC 216/1989 de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico 2.

circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial, el lugar en que se halle el sujeto privado de libertad, la autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre, así como todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes y, por último, el motivo concreto por el que se solicita el *habeas corpus*.

Sin embargo, en la práctica, a la previa solicitud verbal se le exige la posterior plasmación escrita, en aras de una prueba efectiva de dicha solicitud.

Por otro lado, el artículo 5 LOHC reconoce que la autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente, la solicitud de *habeas corpus*, formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia. Si incumplieren esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir.

En el supuesto de que una solicitud de *habeas corpus*, fuese interpuesta ante un órgano judicial no competente, ello no acarrearía una denegación de apertura o incoación del proceso, sino que dicho órgano jurisdiccional incompetente, debería remitir el escrito de iniciación al órgano judicial que le correspondiese en atención a las normas de competencia, de acuerdo con la LECR.

En cuanto a su admisión, en modo alguno puede entenderse que la aceptación a trámite, implica un claro indicio sobre la culpabilidad o inocencia del sujeto privado de libertad. No existe normativa alguna que exija un pronunciamiento sobre una posible responsabilidad penal del detenido. La competencia del juez de instrucción se limita a examinar si

concurrían los presupuestos, legalmente establecidos, para considerar la detención gubernativa como legal o ilegal<sup>1119</sup>.

Sí bien, a lo anterior, hemos de añadir que el TC ha admitido el rechazo liminar del procedimiento de *habeas corpus* en los supuestos de falta de competencia del órgano judicial<sup>1120</sup>. Sin embargo, la legalidad de tal inadmisión a trámite debe quedar circunscrita a los supuestos en que los requisitos formales sean incumplidos, tanto los presupuestos procesales como los elementos formales que constituyen la solicitud.

A juicio del TC, es improcedente declarar la inadmisión del *habeas corpus* basándose, exclusivamente, en la conclusión de que “el recurrente no se encontraba detenido ilegalmente”, y ello es así, porque dicha afirmación entra en el fondo de la pretensión formulada. Desde el instante en que el Juzgado instructor considere que se reúnen los presupuestos de existencia de la detención ilegal y el cumplimiento de los requisitos formales que exige el artículo 4 LOHC, no será posible acordar la inadmisión, sino que será en el juicio de fondo, en donde deben ser examinadas y valoradas las circunstancias que rodean la detención. De lo contrario, se llegaría a la conclusión de que se desconoce la función y la naturaleza del procedimiento de *habeas corpus*<sup>1121</sup>.

---

<sup>1119</sup> SSTC 35/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2 b); y 147/2008, de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 2 b).

<sup>1120</sup> SSTC 153/1988, de 20 de julio de 1988; 25/1995 6 de febrero de 1995; 62/1995 de 29 de marzo de 1995, entre otras sentencias.

<sup>1121</sup> Como se deduce de las SSTC 208/2000, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 6; 209/2000 de 24 de julio Fundamento Jurídico 6 y 37/2005, de 28 de febrero Fundamento Jurídico 5.

La LOHC establece, en sus artículos 6 y 8, la necesidad de distinguir entre el juicio de fondo y el juicio de admisibilidad respecto de la legalidad de la detención objeto de la solicitud de *habeas corpus*.



Insiste el Alto Tribunal en que, en el orden constitucional, las únicas razones legítimas para negarse a la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, son las fundamentadas en la carencia de los presupuestos requeridos de una detención no acordada judicialmente o, en la inobservancia de los requerimientos formales que viene a exigir el artículo 4 LOHC<sup>1122</sup>.

En consecuencia, podemos afirmar que, en modo alguno, podrá el juez inadmitir la solicitud de *habeas corpus* entrando o valorando cuestiones de fondo, dado que dichas cuestiones son las que se dilucidarán en un momento posterior en el que se dará audiencia al solicitante<sup>1123</sup> y las

---

<sup>1122</sup> En este sentido, se pronuncia la jurisprudencia del TC, pudiendo citar, entre otras, las sentencias siguientes; 12/2014, de 27 de enero; 21/2014, de 10 de febrero; y 32/2014, de 24 de febrero.

No obstante, destaca por su claridad de enunciado la STC 195/2014, de 1 de diciembre 2014, Fundamento Jurídico 3. “este Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*. Ha declarado que, aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus* en su artículo 6, vulnera el artículo 17.4 CE fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, ya que esto implica dictar una resolución sobre el fondo, cosa que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC (STC 35/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2)”.

<sup>1123</sup> En este aspecto que nos ocupa, hemos de referirnos a la sentencia del TC 45/2015, de 2 de marzo, en la que considera que el Juzgado de Instrucción competente no puede denegar *a limine*, entendiendo dicha denegación como el rechazo inmotivado de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, en el momento en el que se presenta ante el juzgado, sin dar audiencia al sujeto privado de libertad. Por

partes, y en la que todos ellos podrán aportar los medios de prueba que consideren oportunos para defender sus alegaciones. De lo contrario, se estaría despojando de la concreta garantía constitucional establecida para la defensa del derecho fundamental a la libertad personal, cuyo contenido exige una declaración sobre la legalidad o ilegalidad de la detención o privación de libertad personal del sujeto<sup>1124</sup>.

### **5.1.1.- Sujetos intervinientes en el procedimiento**

#### **5.1.1.1.- Órgano jurisdiccional. Competencia objetiva, territorial y funcional**

Sobre la competencia objetiva, ésta queda establecida en el artículo 2 LOHC que la atribuye, con carácter general y “vis atractiva”, a los Juzgados de Instrucción, esencialmente debido a la urgencia del plazo de veinticuatro horas en el que debe finalizar el procedimiento de *habeas corpus*. Es por ello, y por su carácter de juzgados ordinarios, por lo que su competencia ha de prevalecer, en caso de duda, sobre la aplicación de los criterios o fueros especiales que asignan la competencia a los Juzgados

---

lo que, en ese mismo instante, se está infringiendo el derecho a la libertad personal e incumpliendo lo establecido en la propia doctrina del TC a este respecto.

<sup>1124</sup> A mayor abundamiento, resulta absolutamente contundente la STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, en la que, una vez más, apunta su consolidada jurisprudencia, en relación con la incidencia que, sobre los apartados 1 y 4 del artículo 17 CE, tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*. El TC ha declarado insistentemente que aun cuando la LOHC posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, fundamentar la decisión, de no admisión, en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento.

Centrales de Instrucción o a los Juzgados Togados Militares <sup>1125</sup> de Instrucción.

Asimismo, también le corresponde a los Juzgados de Instrucción el conocimiento de los procedimientos de *habeas corpus* cuando la detención sea de un menor de edad, por la sencilla razón de que los Juzgados de Menores tienen una sede en toda la provincia, con lo cual, en caso de que se les atribuyera la competencia, en estos supuestos podrían dar lugar a problemas de orden práctico, por constituirse como un obstáculo -por causas geográficas- a la hora de garantizar el derecho fundamental a la libertad del menor.

Sin embargo, el artículo 2 LOHC también implanta un fuero especial, a través del cual el procedimiento deberá practicarse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente en los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE -suspensión de derechos y libertades en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas-.

En este caso, la distancia existente entre estos Juzgados Centrales de Instrucción con respecto a la Audiencia Nacional y la falta de competencia de ésta para juzgar a los funcionarios miembros de la FCSE, que pudieran cometer delitos en el curso de una detención, puede suponer un obstáculo en la tramitación y desarrollo de este procedimiento, especialmente en lo que afecta a su rapidez o celeridad. Este hecho es

---

<sup>1125</sup> Respecto a la jurisdicción militar, se atribuye la competencia para el conocimiento del procedimiento de *habeas corpus*, al Juez Togado Militar de Instrucción territorialmente competente, en atención al lugar en donde se haya realizado la detención o la privación de libertad. No podemos olvidar que, dentro del ámbito castrense, se encuentran también los miembros del Instituto Armado de la Guardia Civil.

matizado por el TC al afirmar<sup>1126</sup> que la atribución de dicha competencia no implica que se lleve a cabo el control judicial de esas detenciones.

Por lo que respecta a la competencia territorial, la LOHC regula 3 fueros territoriales: el fuero común -que se corresponde con el lugar donde se encuentre custodiado el detenido- y dos fueros supletorios, siendo el primero, el del lugar donde se produzca la detención, y el segundo, el del lugar en el que se hayan tenido las últimas noticias del paradero del detenido.

Finalmente, sobre la competencia funcional, es representativa de la posición general mantenida por la doctrina, la postura defendida por LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, quien considera que “la revisión de las situaciones de privación de libertad personal acordadas por una autoridad judicial, con denunciada quiebra de los derechos constitucionales y de las leyes procesales vigentes, debe corresponder competencialmente al órgano jerárquico superior, mediante solicitud de mandamiento de *habeas corpus* presentada directamente ante él y sin mayores formalidades”<sup>1127</sup>. Ésta sería, en nuestra opinión, la forma de cumplir con el postulado de sencillez, que se dispone en la Exposición de Motivos de la LOHC.

#### **5.1.1.2.- Legitimación activa**

La potestad sobre la presentación encuentra reflejo en el artículo 3 LOHC, el cual proclama que “podrá instar el procedimiento de *habeas corpus*:

- a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos,

---

<sup>1126</sup> SSTC 153/1988, de 20 de julio; y 199/1987, de 16 de diciembre.

<sup>1127</sup> LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*...op. cit., página 80.

y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales

- b) El Ministerio Fiscal.
- c) El Defensor del Pueblo.

Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente al que se refiere el artículo anterior”.

Compartimos la opinión de GUDE FERNÁNDEZ <sup>1128</sup> cuando considera aconsejable la eliminación del calificativo “ilegal” que acompaña al término de detención, como requisito para la concesión de este procedimiento, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 17.4 CE. Asimismo, ésta autora recomienda determinar de forma clara quiénes han de ser considerados como detenidos, entendemos que habría de interpretarse como todo privado de libertad personal-, pues es a ellos a los que en realidad corresponde este procedimiento tal y como ha manifestado el propio TC.

De su tenor literal, se comprueba que al designar quiénes son las personas legitimadas activamente para instar el procedimiento de *habeas corpus*, se olvida que cualquier persona, mayor de edad, debería tener capacidad para accionarlo en defensa de la libertad personal de un individuo, siempre y cuando muestre un mínimo de interés legitimador, siendo éste un aspecto que, desde nuestro punto de vista, ha de ser subrayado.

Por su parte, señala REDONDO MONTÓN, que la solicitud “puede realizarse por quien sufre directamente la privación de libertad y podrá hacerse por escrito o de palabra, a quien esté dando lugar a tal situación.

---

<sup>1128</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus*...op. cit., página 175.

Y éste deberá (o al menos debería) ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial”<sup>1129</sup>.

La mayoría de la doctrina opina que sería necesario que se ampliase la legitimación activa y, en esta línea nos posicionamos<sup>1130</sup>.

Sí bien, en relación con todo lo anterior, estimamos que en los supuestos en que cualquiera de las personas o sujetos a que se refiere el apartado a) del artículo 3, desconozcan el hecho de que se estuviese produciendo la detención ilegal, no impediría que todo aquel que asumiese un interés legítimo y conociese de la privación de libertad pudiese poner tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, del juez o incluso del propio Defensor del Pueblo<sup>1131</sup>.

---

<sup>1129</sup> REDONDO MONTÓN, A.: El derecho de *habeas corpus*, Anuario de la Facultad de Derecho, número 7, 1989, página 183.

<sup>1130</sup> Sobre ello, GIMENO SENDRA razona que sería necesario que pudiese instar el *habeas corpus* todo aquel sujeto que tuviere algún interés legítimo. GIMENO SENDRA, V.: El procedimiento de *habeas corpus*, editorial Técnos, Madrid 1986, página 237.

Abunda en este sentido FAIREN GUILLEN, quien manifiesta que debe permitirse a todo sujeto que tenga conocimiento de una detención ilegal, solicitar el *habeas corpus* en el lugar en el que esta persona pudiese estar detenida, o no pueda realizarla por sí misma, como sucede en el proceso penal en general. FAIREN GUILLÉN, V.: Comentarios a la constitución...op. cit., página 28.

<sup>1131</sup> Es decir, tal y como lo dispone el artículo 3 de la LOHC 6/84, podrán instar el procedimiento de *habeas corpus* tanto el detenido como sus parientes más cercanos o representantes legales, el Ministerio Fiscal -tiene la facultad de incoar y de participar en toda su tramitación, especialmente en tanto que se le permite formular alegaciones orales en el trámite de comparecencia del detenido prevista en el artículo 7 LOHC- y el Defensor del Pueblo, que no solo se encuentra autorizado para instar el procedimiento, sino que además, en caso de que esta privación de libertad pudiera constituir un delito de detención ilegal, tiene la obligación de comunicar inmediatamente la *notitia criminis* al Fiscal General del Estado; y también de oficio por el propio órgano jurisdiccional que resulte competente.

Al respecto de todo lo anterior, LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ<sup>1132</sup> insiste en que el artículo 3 LOHC establece un número *clausus* tan absurdo y limitativo que llega al extremo inconcebible de que ni tan siquiera incluye taxativamente al procurador, ni al letrado del propio detenido. Siendo ésta una particularidad que, con su jurisprudencia, ha solventado el TC admitiendo su interposición por parte del abogado del detenido<sup>1133</sup>, en representación de éste.

Estas personas físicas pueden ser nacionales o extranjeras; es más, en este último caso, pueden plantear el *habeas corpus* en los procedimientos de expulsión derivados de la Ley de Extranjería<sup>1134</sup>.

El TC<sup>1135</sup> despejó todas las dudas que en su momento pudieron plantearse sobre la legitimación activa que ostenta el abogado defensor, a los efectos de instar la iniciación del *habeas corpus*. Con su jurisprudencia estableció, de forma expresa, que no es posible la alegación de ausencia de legitimación, dado que el abogado no solicita en nombre propio la incoación del procedimiento, sino que la interpone como consecuencia de que ostenta la representación de su cliente, el cual se encuentra privado de libertad.

---

<sup>1132</sup> LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*... op. cit., página 89.

<sup>1133</sup> STC 195/2014, de 1 de diciembre 2014, Fundamento Jurídico 4, “la jurisprudencia de este Tribunal ya ha declarado que la legitimación para solicitar el *habeas corpus* se extiende también al Abogado de la persona detenida, que debe entenderse - tácitamente apoderado al efecto- (STC 37/2008, Fundamento Jurídico 2, con cita de otras)”.

<sup>1134</sup> SSTC 66/1996, de 16 de abril; 21/1996, de 18 de marzo; y 12/1994, 17 de enero.

<sup>1135</sup> Así se desprende de sus sentencias 61/2003, de 24 de marzo y 224/1998, de 24 de noviembre,

En cuanto a los menores de edad se refiere, constituye un supuesto problemático, dado que cuando el menor presenta la solicitud de *habeas corpus*, en el momento en que ya ha sido puesto bajo la custodia de la Fiscalía de Menores, nos encontramos con que ésta se convertirá en parte demandada del procedimiento, por lo que se ha optado en estos casos, por la designación de un Fiscal distinto al de menores, que se encargue del despacho del incidente de admisión de la solicitud de *habeas corpus* y del trámite, ya mencionado previamente, de audiencia al detenido sobre la cuestión de fondo del procedimiento, al igual que ocurre en casos de causa penal contra el menor de edad.

No existe legitimación activa, respecto de la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*, a favor de organizaciones o asociaciones<sup>1136</sup>.

### **5.1.1.3.- Legitimación pasiva**

En principio, podríamos entender que está determinada en función de la causa en la que venga fundamentada la pretensión de la parte activa. Por lo que, si el procedimiento es solicitado por no ajustarse la detención a los presupuestos, requisitos, formalidades o plazos legales establecidos, la parte pasiva sería aquella que hubiese ordenado la detención.

---

<sup>1136</sup> STC 154/2016, de 30 de septiembre 2016, Fundamento Jurídico 5. “el artículo 3 LOHC establece que sólo pueden instar este procedimiento, además del titular del derecho, esto es, el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, y finalmente respecto a los menores y personas incapacitadas, también sus representantes legales, Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente. Por tanto, no se establece en la regulación de este procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, ningún tipo de legitimación en favor de organizaciones o asociaciones”.



Por el contrario, si el *habeas corpus* es solicitado por la violación de los derechos que asisten a todo detenido, en este supuesto, la parte pasiva podría ser, tanto aquel que ordenó la detención, como aquella otra bajo cuya custodia se encuentre el detenido, pero hemos de puntualizar que en la mayoría de los supuestos serán ambos los sujetos pasivos. En la práctica procesal el juez dará audiencia en la totalidad de los supuestos, igualmente al que ordenó o llevó a la práctica la detención, como a la persona que se encuentre custodiando al detenido.

En consecuencia, entendemos que tal audiencia se realiza siempre en condición de parte, no de testigo, puesto que estas personas, pueden proponer a continuación, cuantas pruebas consideren necesarias o aportar los datos que estimen oportunos, dado que dicha iniciativa solo corresponde a los que son considerados parte en cualquier proceso penal.

Tengamos en cuenta que el artículo 1. a) LOHC establece que serán consideradas ilegalmente detenidas las personas que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público, o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes<sup>1137</sup>.

---

<sup>1137</sup> La propia LOHC considera como autoridad, agente de la misma o funcionario público a los miembros de las Fuerzas Armadas, así como a los miembros de las FCSE con competencia para poder ejecutar la privación de libertad de cualquier sujeto. El TC es contundente en excluir de esta relación a las autoridades judiciales que decreten una detención en el curso de un proceso.

En relación con lo anterior, es necesario tener en cuenta que el CP concede la condición de agente de la autoridad al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las FCSE. Siendo este un aspecto del que ya nos hemos ocupado en Capítulos anteriores, así como en el apartado dedicado a los agentes de seguridad privada.

Finalmente haremos hincapié en que el artículo 5 EOMF<sup>1138</sup> reconoce que el Ministerio Fiscal podrá ordenar la detención preventiva. Es, por tanto, susceptible de ser sujeto pasivo del proceso de *habeas corpus*. El propio CP en su artículo 24 establece que a efectos penales también se reputará como autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal<sup>1139</sup>, porque será el Juzgado de Instrucción el competente para el procedimiento de *habeas corpus* encargado de dilucidar la ilegalidad de una detención ordenada por el Ministerio Fiscal.

### 5.1.2.- Objeto, el petitum y la causa de pedir

El objeto viene dado por la vulneración de la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad personal que se haya podido producir en el transcurso de una detención.

---

<sup>1138</sup> El artículo 5 EOMF, Ley 50/1981, declara que “el Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva”.

<sup>1139</sup> El artículo 24 CP establece que “a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

El *petitum* es, lógicamente, la puesta en libertad. Se solicita que se condene a la parte contraria al cumplimiento de alguna de las prestaciones que se recogen, de modo taxativo, en el artículo 8.2 LOHC, por lo que, como afirmábamos en páginas precedentes, sin lugar a dudas, se trata de un proceso declarativo de condena. Constituye una pretensión con la que se busca amparo judicial, dado que lo solicitado es el reconocimiento de la vulneración de un derecho fundamental y el restablecimiento al sujeto en sus derechos conculcados<sup>1140</sup>.

Es decir, se instan las prestaciones del art 8 LOHC para que se ponga inmediatamente en libertad al detenido; se le cambie de custodia o que simplemente sea puesto a disposición judicial<sup>1141</sup>. Sin embargo, es importante destacar que en un procedimiento de *habeas corpus* no se puede interponer la pretensión de condena penal de la persona que llevó a cabo la detención ilegal, incluso cuando esta pudiera ser constitutiva de delito, aunque sí se permite que el Juez levante el oportuno testimonio de particulares.

---

<sup>1140</sup> Sin perjuicio de la consiguiente responsabilidad y condena, para todo aquel que lo viola.

<sup>1141</sup> LOHC 6/1984, de 24 de mayo, artículo 8. "practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones: 1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta ley acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando. 2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta ley, y se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas: a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente. b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban. c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención".

Lo anterior supone la posibilidad de considerar al detenido ilegalmente como víctima de un delito susceptible de coincidir con los tipos penales de los artículos 167 o 530 CP, aspecto éste del que nos hemos ocupado más detenidamente en el capítulo anterior.

De la misma manera, durante el curso de este procedimiento, tampoco podrá pedir el titular del derecho fundamental vulnerado, la reparación o resarcimiento -pretensión civil-, aunque tenga derecho a ella. Por consiguiente, ambas pretensiones solo podrán plantearse en los respectivos procesos declarativos que correspondan según su naturaleza -penal y civil-, sin perjuicio de que la resolución que se dicte pueda tener el valor prejudicial o documental público que poseen las resoluciones judiciales.

En cuanto a la causa de pedir, destacaremos que en atención a lo establecido en el artículo 1 LOHC<sup>1142</sup>, es el conjunto de hechos que habiendo sido calificados jurídicamente, vienen a fundamentar la pretensión del sujeto que la ejercita. En nuestra opinión, la LOHC fue desarrollada pensando, principal y únicamente, en las detenciones que hubiesen sido practicadas cuando aún no ha comenzado el proceso penal.

Finalmente, apreciamos que el principal objetivo del procedimiento, es el hecho de presentar al detenido físicamente ante el juez, pero el tiempo se convierte en el contenido esencial del procedimiento de *habeas corpus*, así lo reconoce el TC subrayando que “el objeto del *habeas corpus* está constituido por el enjuiciamiento, en el fondo del procedimiento, de la legalidad de las circunstancias de la detención, lo que obliga al juez a analizarlas y, por tanto, a oír al solicitante”. Por consiguiente, añade y

---

<sup>1142</sup> Dispone que mediante el procedimiento del *habeas corpus*, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente.

advierte que “por ello, constatada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias”<sup>1143</sup>.

De este modo se manifiesta el TC en su sentencia 37/2005, de 28 de febrero. Resolución que adquiere especial interés porque en sus fundamentos jurídicos, el Alto Tribunal realiza un glosado de su anterior jurisprudencia en ese mismo sentido.

Sin embargo, quince años después, desgraciadamente, comprobamos, a través de sus últimas resoluciones, que poco se ha avanzado en ese sentido, y la inadmisión *a limine* se sigue produciendo<sup>1144</sup>.

---

<sup>1143</sup> El TC en su sentencia 37/ 2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3 señala - remitiéndose a sentencia 263/2000, de 30 de octubre, en la que cita textualmente “por lo que al objeto del amparo se refiere “como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de *habeas corpus* es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial”, añadiendo que “el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo, lo que obliga al juez a examinarlas y, consecuentemente, a oír al solicitante del *habeas corpus* (SSTC: 174/1999 de 27 de septiembre, FJ 6, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4)”.

<sup>1144</sup> Como se observa claramente en la jurisprudencia del TC hasta la fecha, y más concretamente en las últimas SSTC; 13/2017, de 30 de enero; 21/2018, de 5 de marzo; 11/2019, de 28 de febrero; y 72/2019, de 20 de mayo.

### 5.1.3.- Admisión o denegación

Como ya hemos dicho, la inadmisión solo puede basarse en dos únicas motivaciones<sup>1145</sup>; que no exista una privación de libertad o que falte alguno de los requisitos formales exigidos en el artículo 4 LOHC<sup>1146</sup>.

Una vez haya sido presentada la solicitud, será el juez el encargado de comprobar si concurren la totalidad de los requisitos que -material y formalmente- se requieren para su correspondiente tramitación, a lo cual seguirá un auto motivado a través del que se incoará o denegará dicha petición.

Posteriormente se trasladará al Ministerio Fiscal, salvo que hubiese sido este mismo el que hubiese adoptado la iniciativa de su presentación. No se contempla la audiencia del demandante -aunque resulta más correcto utilizar el término “solicitante”- ni tampoco la del Ministerio Fiscal.

El referido auto -de admisión o denegación- ha de contener una motivación<sup>1147</sup> suficiente y razonada de la decisión adoptada, puesto que de

---

<sup>1145</sup> STC 154/2016, de 30 de septiembre 2016, voto particular que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos, punto 3.

<sup>1146</sup> Establece el artículo 4 LOHC que “el procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. En dicho escrito o comparecencia deberán constar: a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta ley. b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes. c) El motivo concreto por el que se solicita el *habeas corpus*”.

<sup>1147</sup> Nos vemos en la obligación de reiterar que la necesidad de motivación, en las resoluciones judiciales, es una garantía esencial, sin la que se produciría un perjuicio al justiciable, el cual tiene derecho a comprobar que la resolución, alcanzada por el

lo contrario supondría una falta de la tutela judicial efectiva -artículo 24 CE- así como una clara afección al derecho a la libertad personal como derecho fundamental recogido en el artículo 17 CE.

En cuanto a su denegación, es necesario volver a destacar que resulta un contrasentido, difícilmente justificable, el hecho de que algunos juzgados de instrucción hayan declarado *ad limine* la inadmisión del procedimiento de *habeas corpus*, basándose exclusivamente en alegaciones genéricas, en especial, sobre el repetido argumento –a modo de letanía o formulario- de “no existen indicios suficientes para considerar que el sujeto privado de libertad personal se encuentra ilegalmente detenido”. Tal proceder supone que el Juez se está posicionando y manifestando con antelación, sobre el fondo del contenido de la solicitud formulada, que es determinar la ilicitud o no de la detención.

Insistimos en lo anterior, respaldados por la jurisprudencia del TC, y más concretamente por la STC 72/2019<sup>1148</sup> en la que, descriptivamente, el Alto Tribunal señala que “los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus*, son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad personal no acordada judicialmente, o en el incumplimiento de los requisitos formales, a los que se refiere el artículo 4 LOHC”.

El TC había admitido durante años que se pudiese acordar, por parte de los juzgados de instrucción competentes, la denegación liminar de estas solicitudes, motivando en sus resoluciones -de forma vaga y genérica- que no se cumplían los requisitos establecidos para calificar la detención como

---

juez o tribunal, es una consecuencia del análisis racional del ordenamiento jurídico vigente y no una consecuencia de la arbitrariedad del propio juez o tribunal. En este sentido se pronuncia la STC 116/1986, de 20 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

<sup>1148</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2.

ilegal<sup>1149</sup>. Por lo que, con ello, como ya hemos subrayado *supra*, se estaba resolviendo sobre una cuestión de fondo, es decir, la presunta detención ilegal, sin siquiera admitir la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*, destinado precisamente a investigarla<sup>1150</sup>.

La posición del TC cambió a partir de su sentencia 232/1999, de 13 de diciembre, resolución que tuvo una extraordinaria relevancia, produciendo un giro radical, dado que hasta ese instante el TC argumentaba que la garantía recogida en el artículo 17.4 CE, era preservada, de igual modo, si se obtenía una resolución de fondo, como si se decretaba un rechazo liminar, siempre que ambas resoluciones estuviesen oportunamente fundamentadas -motivadas-.

Lo que producía la injusta denegación, prácticamente de forma sistemática, de las solicitudes de incoación de los procedimientos de *habeas corpus* que se interponían<sup>1151</sup>. En suma, es a partir de la referida

---

<sup>1149</sup> Por lo tanto, nos encontrábamos en una anterior situación, en la que, el TC con sus sentencias, entre otras: 26/95, de 6 de febrero; 45/1995, de 14 de febrero; 19/1995, de 24 de enero; y 62/1995, de 29 de marzo, estableció una doctrina que le permitía al juez instructor receptor de la solicitud de incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, la denegación *a limine* de dicha instancia, cuando dicho juez instructor considerase que no existía una detención ilegal por incumplimiento de los requisitos exigidos en la propia LOHC.

<sup>1150</sup> Tal actuación sorprende, dado que la valoración y enjuiciamiento de la licitud de la detención por parte del juez, aplicando el artículo 1 LOHC, solo puede llevarse a efecto tras haber comparecido las partes y haberle concedido audiencia al solicitante, teniendo entonces la posibilidad de proponer, practicar y llevar a cabo las pruebas que estimen necesarias, todo ello según regula el artículo 7 LOHC.

<sup>1151</sup> Que se presentaban por militares o miembros de la Guardia Civil que hubiesen sufrido alguna sanción privativa de libertad. En este caso en particular, resulta de aconsejable lectura la STC 37/2005, de 28 de febrero, puesto que dicha resolución constituye un compendio de la posición adoptada por el TC en cuanto a la interposición del procedimiento de *habeas corpus* por los miembros de la Guardia Civil. Ello como consecuencia de que los procedimientos de *habeas corpus* solicitados por los



STC 232/1999 cuando el TC se opone de plano a todo rechazo liminar, excepto en los casos en que exista una falta de competencia del Juzgado u órgano judicial, así como en los supuestos en que no exista, una privación de libertad real.

Por todo ello y en la actualidad, para la inadmisión de la solicitud, el juez de instrucción no puede alegar vagamente la falta de concurrencia de los supuestos del artículo 1 LOHC, porque ello implica que el auto deniega la solicitud aduciendo motivos que solo pueden valorarse en una resolución de fondo, obviamente, dicha resolución solo puede producirse una vez que se haya realizado una sustanciación del procedimiento<sup>1152</sup>.

---

miembros del Instituto Armado, eran rechazados *a limine litis* de forma sistemática, por parte de los Juzgados de Instrucción.

Por lo que el TC señalaba en su Fundamento Jurídico 3 que con tal proceder “el órgano judicial no ejercitó de una manera eficaz el control de la privación de libertad y, por tanto, desconoció la naturaleza y función constitucional del procedimiento de *habeas corpus* según se desprende del art. 17.4 CE (SSTC 208/2000 y 209/2000, Fundamento Jurídico 6)”.

<sup>1152</sup> En nuestra opinión, es evidente que, ante la existencia de una duda mínimamente razonable que pueda o pudiese existir sobre la ilegalidad de la detención, no es posible decretar la inadmisión liminar, dado que es imprescindible el estudio de dichas circunstancias en el propio juicio de fondo, como se establece -a partir de 1995- de forma indubitada, en sentencias dictadas por el TC. Incluso en su sentencia 72/2019, el Alto Tribunal recuerda que la esencia del *habeas corpus* consiste en que el juez compruebe personalmente la situación del que se encuentra detenido y ofrecerle la oportunidad de hacerse oír. Dispone la STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2 que “el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el Juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico 4)”.

Es revelador –preocupante, diríamos- el hecho de que el propio TC manifieste expresa y abiertamente su queja sobre el frecuente quebrantamiento de esta jurisprudencia constitucional, por parte de los juzgados de instrucción<sup>1153</sup>.

---

<sup>1153</sup> En este sentido, el TC, en su sentencia 72/2019 ha incluido en su Fundamento Jurídico 2, una amplia lista de resolución, con la que, a nuestro parecer, pretende transmitir a Juzgados de Instrucción, un efecto apabullador y contundente, entre otras sentencias podemos mencionar, : SSTC 21/1996, de 12 de febrero, Fundamento Jurídico 7; 66/1996, de 16 de abril, Fundamento Jurídico 6; 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 11; 224/1998, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 174/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 5; 232/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 179/2000, de 26 de junio, Fundamento Jurídico 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 5; 233/2000, de 2 de octubre, Fundamento Jurídico 5; 263/2000, de 30 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 287/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 4; 288/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 6; 24/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 94/2003, de 19 de mayo, Fundamento Jurídico 3; 23/2004, de 23 de febrero, Fundamento Jurídico 5; 122/2004, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 3; 37/2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 29/2006, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3; 46/2006, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 93/2006, de 27 de marzo, Fundamento Jurídico 3; 169/2006, de 5 de junio, Fundamento Jurídico 2; 165/2007, de 2 de julio, Fundamento Jurídico 4; 35/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 37/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 147/2008, de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 2; 172/2008, de 18 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 88/2011, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4; 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico 4; 12/2014, de 27 de enero, Fundamento Jurídico 3; 21/2014, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 32/2014, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 195/2014, de 1 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 42/2015, de 2 de marzo, Fundamento Jurídico 2, y 204/2015, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico 2).

En síntesis, no es posible la inadmisión *ad limine*<sup>1154</sup> teniendo en consideración cuestiones de fondo<sup>1155</sup>. Tan solo pueden abordarse las razones cuando se esté sustanciando el procedimiento. Tras la constatación de la detención -efectiva privación de libertad personal del solicitante-, es necesario que se proceda a un análisis de fondo, valorando y revisando las circunstancias del hecho, y ello lógicamente, con la imprescindible personación y audiencia de la persona detenida<sup>1156</sup>.

Nuestra insistencia es reflejo de la reiteración del propio Alto Tribunal. De nuevo, la STC 195/2014<sup>1157</sup> advierte que “la equivocada aplicación de la potestad de inadmisión<sup>1158</sup>, por parte de los Juzgados de Instrucción, produce un incumplimiento generalizado y grave de nuestra

---

<sup>1154</sup> Desde 1996 el TC viene afirmando, respecto de la inadmisión *a limine*, que la mención genérica a la situación del detenido, considerando que no está incluida en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 1 LOHC, no contiene la motivación mínima, constitucionalmente requerida para la inadmisión de incoación del procedimiento de *habeas corpus*. STC 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 9.

<sup>1155</sup> Según afirma el TC en su sentencia 32/2014, de 24 de febrero.

<sup>1156</sup> SSTC: 303/2006; 165/2007; 155/2009, de 25 de junio; 88/2011, de 6 de junio; 95/2012, de 7 de mayo; 12/2014, de 27 de enero; 21/2014, de 10 de febrero; 32/2014, de 24 de febrero; y 195/2014, de 1 de diciembre, entre otras.

<sup>1157</sup> STC 195/2014, de 1 de diciembre 2014. Fundamento Jurídico 2. “(...) estimando el recurso de súplica interpuesto por el Fiscal contra la inicial providencia de inadmisión, reconocimos la obligada admisión de este recurso de amparo debido al incumplimiento generalizado y grave de nuestra doctrina sobre la correcta aplicación de la potestad de inadmisión prevista en el artículo 6 LOHC, así como en particular por la negativa manifiesta del Juzgado autor de las resoluciones recurridas a acatar esa doctrina, como le imponía el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [STC 155/2009, supuestos e) y f)”.

<sup>1158</sup> Es decir, el TC indica que el juzgado instructor, ante la solicitud de incoación, no puede inadmitirla *a limine*, basándose en razonamientos estereotipados en los que se limita a decretar que la solicitud no se encuentra incluida en alguno de los supuestos que se establecen en el artículo 1 LOHC.

doctrina sobre la correcta aplicación de la potestad de inadmisión prevista en el artículo 6 LOHC”.

En marzo de 2015<sup>1159</sup> ya alertaba el TC de la inobservancia, por parte de los Juzgados de Instrucción, de su jurisprudencia<sup>1160</sup> sobre la inadmisión *ad limine*<sup>1161</sup>.

---

<sup>1159</sup> STC 42/2015, de 2 de marzo 2015. Fundamento Jurídico 1. “el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que este Tribunal ha reiterado es grave, carece de justificación y dota de especial trascendencia constitucional a este recurso, y así, en relación a esta misma cuestión, entre otras, se ha pronunciado recientemente en las SSTC 88/2011, de 6 de junio, 95/2012, de 7 de mayo; 12/2014, de 27 de enero; 21/2014, de 10 de febrero; 32/2014, de 24 de febrero, y 195/2014, de 1 de diciembre. De ese modo, concurre el motivo de especial trascendencia constitucional recogido en el apartado e) del Fundamento Jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, esto es, que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria”.

<sup>1160</sup> Al respecto, el TC hace expresa referencia a sus sentencias siguientes: 88/2011, de 6 de junio; 95/2012, de 7 de mayo; 12/2014, de 27 de enero; 21/2014, de 10 de febrero; 32/2014, de 24 de febrero; y 195/2014, de 1 de diciembre.

<sup>1161</sup> Una vez más, el TC volvió a recordar a los Juzgados de Instrucción que estaban incumpliendo su doctrina, declarando en su STC 204/2015, de 5 de octubre 2015. Fundamento Jurídico 2 que “igualmente se ha estimado que la mera referencia a que «no se dan ninguno de los supuestos del artículo 1 de la Ley de *habeas corpus*, como causa de justificación de la inadmisión a trámite de la petición formulada, no permite conocer la razón determinante de la denegación, por lo que una resolución judicial en estos términos, genérica y estereotipada, no ofrece la motivación mínima que es constitucionalmente exigible (STC 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 9)”. De nuevo, esta doctrina ha sido reiterada recientemente, entre otras, en las SSTC: 12/2014, de 27 de enero, Fundamento Jurídico 3; 21/2014, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 3; y 195/2014, de 1 de diciembre; Fundamento Jurídico 3. “... el TC califica, sin circunloquios ni palabras edulcoradas, esta forma de proceder como, “grave y carente de justificación” En la STC 204/2015, de 5 de octubre 2015, Fundamento Jurídico 3. “precisamente, el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que, como este Tribunal ha reiterado «es grave y carece de justificación» (STC 42/2015, Fundamento Jurídico 2), es el que ha dotado de

Insiste en ello el Alto Tribunal, con cierta desesperación, subrayando que el frecuente desacato de esta doctrina constitucional que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado, es motivo de muy alta preocupación para el TC, en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales, y que constituye uno de los fundamentos elementales del estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional<sup>1162</sup>.

A modo de recapitulación de todo lo expuesto, recalcamos que los Juzgados de Instrucción infringen la doctrina del Alto Tribunal y una de las causas de ese quebrantamiento sistemático de la jurisprudencia del TC, podría ser –bajo nuestro criterio- la falta de consecuencias para los juzgados incumplidores. No es creíble alegar desconocimiento, errónea interpretación o cualquier otra excusa o justificación, dado el perfil intelectual, profesional y formativo de los jueces titulares de los Juzgados de Instrucción.

---

especial trascendencia constitucional a recursos de amparo como el que ahora se enjuicia (STC 42/2015, Fundamento Jurídico 2; y las allí citadas)".

<sup>1162</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2.

A mayor abundamiento, en este sentido, el propio TC se muestra sorprendido, y podríamos añadir, molesto, por el hecho de que tras el extenso número de resoluciones dictadas sobre esta cuestión, su jurisprudencia constitucional en la materia, siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los sujetos que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que, por esta razón, deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional.

## 5.2.- Vista oral

El procedimiento de *habeas corpus*, a juicio del TC, tiene carácter contradictorio. Las pruebas y alegaciones, así como la manifestación del detenido, constituyen su contenido esencial. En la LOHC se prescribe en su artículo 7 que, en el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad personal, o a aquél en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o el Juez se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, oirá el Juez a la persona privada de libertad personal o, en su caso, a su representante legal y abogado -si lo hubiera designado-, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder, a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento, y en todo caso, a aquélla bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad.

Para finalizar, a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del detenido. Seguidamente, el Juez admitirá, si lo estima pertinente, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan, susceptibles de practicarse en el acto.

Por último, en el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, los Juzgados de Instrucción practicarán todas las actuaciones a que se refiere el artículo 7 LOHC y dictarán la resolución que proceda.

### **5.3.- Resolución final y costas**

Por lo que respecta a la resolución, la LOHC ordena en su artículo 8, que una vez hayan sido practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará a continuación alguna de las resoluciones siguientes: por una parte, si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 1 LOHC, decretará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando; por el contrario, si estimase que concurre alguna de las circunstancias del artículo 1, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

- Que la persona detenida sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.
- Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, aunque si lo considerase necesario, en establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban.
- Y, por último, la inmediata puesta en libertad del detenido, si lo fue ilegalmente.

Desarrollemos a continuación tales medidas.

En el supuesto de que la pretensión sea desestimada, y la privación de libertad personal y las circunstancias en las que se realizó sean declaradas legales, el juez deberá acordar el archivo de las actuaciones. Si bien, para que la resolución desestimatoria despliegue todos sus efectos y sea congruente con el objeto del proceso, la resolución debería contener la totalidad de los motivos que hubieran podido determinar la ilegalidad de la

privación de libertad del sujeto, teniendo en cuenta que el auto de desestimación solo extendería sus efectos a las causas que hayan sido invocadas o alegadas por las partes.

Por el contrario, en el supuesto de que el auto dictado sea estimatorio, este deberá necesariamente contener alguna de las tres medidas que se citaban *supra*.

En primer lugar, que se ponga a disposición judicial, de forma inmediata al sujeto privado de libertad personal. Ello, en el caso de que el plazo legalmente establecido para la detención hubiese transcurrido en su totalidad. De igual modo el Juez podrá, facultativamente, ordenar la continuación ante él de todas aquellas diligencias e investigaciones que a su juicio sean necesarias.

En segundo, que la detención continúe pero que se lleve a cabo una modificación respecto de su custodia. A este supuesto, nos conduciría el hecho de que la detención haya sido reputada como ilegal, por el incumplimiento y falta de observancia del artículo 1.a) LOHC, en el que se recogen las garantías fundamentales y formalidades prevenidas, así como los requisitos exigidos por la legislación vigente y la propia CE.

Y, en tercer lugar, que sea puesta en libertad. Ello en el caso que a dicho sujeto se le hubiese detenido por circunstancias o motivos insuficientes o inexistentes para que pueda ser acusado de delito alguno. En este supuesto, podría ocurrir que el Juez pueda apreciar o entender que constan indicios y caracteres de la comisión de un delito de detención ilegal, por lo que según dispone el artículo 9 LOHC<sup>1163</sup>, formalizará el testimonio de particulares.

---

<sup>1163</sup> El artículo 9.1 LOHC dispone que, “el Juez deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse



Finalmente, sobre las costas procesales, con carácter general serán declaradas de oficio. Aunque, se condenará al pago de ellas al solicitante en el supuesto de que el Juez competente aprecie un proceder temerario e injustificado en virtud del artículo 9.3 LOHC<sup>1164</sup>.

## **6.- Recursos**

En cuanto a los recursos disponibles, es necesario dirigirnos a las leyes procesales, como son la LECR y la LEC, ello como consecuencia de que la LOHC no hace mención alguna a los recursos disponibles en cuanto al auto que se dicta sobre la cuestión de fondo que da finalización al procedimiento.

La LECR establece el recurso de queja con carácter excepcional, con el fin de determinar si pudiese haber existido alguna desviación por parte del Juzgado competente en la tramitación del proceso, por lo tanto, no se trata de una revisión general de las actuaciones.

A este respecto, compartimos la postura mantenida por GIMENO SENDRA quien considera que “la interposición del recurso de queja, ante el órgano superior, ha de tener en consideración lo regulado en el artículo

---

por quienes hubieran ordenado la detención, o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad. De igual modo actuará el Juez, cuando aprecie que se hubiese podido cometer el delito de simulación de delito o de haber realizado una falsa denuncia. 2 En los casos de delito de denuncia falsa o simulación de delito se deducirá, asimismo, testimonio de los particulares pertinentes, al efecto de determinar las responsabilidades penales correspondientes”.

<sup>1164</sup> En el que se previene que, en todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe, será condenado el solicitante al pago de las costas.

53.2 CE, dado que los principios de sumariedad y preferencia<sup>1165</sup> que informan al procedimiento de *habeas corpus*, han de ser incorporados, igualmente, cuando se acude a la segunda instancia”<sup>1166</sup>.

Por otra parte, la LECR prevé en su artículo 217<sup>1167</sup> que es necesario un reconocimiento expreso para la posible interposición de un recurso de apelación, circunstancia esta que no se produce respecto de la LOHC. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que la LOTC 2/1979, de 3 de octubre, en su artículo 44.1.c) establece la necesidad de “que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”,

En cuanto a la interposición del recurso de amparo ante el TC, cabe señalar que ello es en virtud del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 43 y 44 LOTC.

---

<sup>1165</sup> El artículo 53 CE, ordena que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, y que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

<sup>1166</sup> GIMENO SENDRA, V.: El procedimiento de *habeas corpus*...op. cit., página 141.

<sup>1167</sup> El artículo 217 LECR establece que “el recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente”.

Como es sabido, para la presentación del recurso de amparo contra decisiones administrativas o resoluciones judiciales ante el TC, es imprescindible haber agotado antes la vía judicial previa, así como haber invocado en ésta, tan pronto como haya tenido posibilidad, la conculcación del derecho fundamental a la libertad personal.

El recurso de amparo no está dirigido a examinar la legalidad o ilegalidad de la privación de libertad del sujeto. Como ya hemos visto, el Alto Tribunal entiende que el procedimiento de *habeas corpus* es una acción procesal, no un proceso contencioso-administrativo, ni un proceso penal<sup>1168</sup>.

El plazo para su interposición contra decisiones administrativas es de veinte días y contra resoluciones judiciales será de treinta días, iniciándose el cómputo desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa.

En efecto, es importante distinguir entre las vulneraciones que directamente se atribuyen a la fuerza policial actuante, encuadrándolas en el artículo 43 LOTC<sup>1169</sup>, de las que se dirigen autónomamente contra la

---

<sup>1168</sup> Como se apunta en la STC 341/1993, Fundamento Jurídico 6.

<sup>1169</sup> El artículo 43 LOTC, dispone que “1. las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente. 2. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. 3. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo”.

resolución judicial que inadmite o resuelve el procedimiento de *habeas corpus*, que serían, en cambio, propias del artículo 44 LOTC<sup>1170</sup>

En el supuesto de que se aleguen vulneraciones del derecho a la libertad personal de una u otra naturaleza, el recurso de amparo interpuesto podría ser calificado como “mixto”.

Por ello el TC, con su sentencia 11/2019<sup>1171</sup>, ha convertido la distinción entre ambos plazos, en un presupuesto importante en cuanto al cómputo de los plazos de interposición y su posible extemporaneidad, De tal forma que si se considera que ha sido la fuerza policial actuante la que, eventualmente, habría vulnerado los derechos fundamentales del recurrente, y el Juzgado de Instrucción tan solo se limitó a no “restablecer o reparar” esas infracciones previas cometidas por los agentes instructores<sup>1172</sup>, en ese supuesto regirá el plazo de veinte días, periodo de

---

<sup>1170</sup> El artículo 44 LOTC, determina que “1. las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. 2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

<sup>1171</sup> STC 11/2019, de 28 de enero.

<sup>1172</sup> Por ejemplo, con la reclamación del detenido o su abogado, de no haber tenido acceso al atestado o que la información recibida hubiese sido insuficiente para impugnar la detención policial.

tiempo que el artículo 43.2 prevé para las pretensiones de amparo a que se refiere el apartado primero de dicho precepto<sup>1173</sup>.

El TC ya anticipó esta postura cuando en su sentencia 13/2017<sup>1174</sup> indicó que la exención de la carga de interponer el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ<sup>1175</sup>, obedecía al hecho de que este tipo

---

<sup>1173</sup> En este mismo sentido se pronunció el TC en su sentencia 21/2018, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 2.

<sup>1174</sup> STC 13/2017, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3.

<sup>1175</sup> El artículo 241 LOPJ establece que “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes. Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de

de quebrantamientos de índole estrictamente policial se sitúan dentro del marco normativo del artículo 43 LOTC que, como decíamos, en su apartado segundo dispone expresamente un plazo de veinte días para la interposición del recurso de amparo.

También es necesario apuntar que es presupuesto indispensable y común a todas las modalidades de recurso de amparo, que el demandante evidencie la especial trascendencia constitucional del recurso. Ello constituye una exigencia que no puede confundirse con la obligatoriedad de la propia fundamentación de la violación del derecho constitucional denunciado. En otras palabras, la imposición de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, es algo distinto a razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por el acto o la decisión impugnado.

Dicho lo cual, cabe afirmar que el recurso de amparo ante el TC, constituye una garantía absolutamente imprescindible, pero reconozcamos que posee una eficacia dudosa para restituir de forma, inmediata al recurrente, el derecho a la libertad personal. El acúmulo de trabajo hace que el TC se demore un tiempo excesivo en resolver, por lo que nos encontramos con una sentencia que, incluso en el supuesto de haber sido estimado el amparo, no tendría efectos verdaderamente prácticos respecto de una recuperación de la libertad personal, que muy probablemente, ya se produjo hace años.

Acerca de lo anterior, GUDE FERNANDEZ<sup>1176</sup> nos llama la atención sobre el hecho de que un buen número de las sentencias estimatorias de

---

auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno”.

<sup>1176</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus*...op. cit., página 171.

amparo, fueron dictadas como consecuencia de autos denegatorios de incoación de procedimientos de *habeas corpus*, el TC suele incluir en ellas una declaración expresa en la que afirma que "no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad personal para subsanarla, toda vez que al no encontrarse ya el recurrente en situación de privación de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*"<sup>1177</sup>.

Sirva como ejemplo de lo anterior, la STC 209/2000, de 24 de julio, en la que en su Fundamento Jurídico 7 se cita, además de la literalidad de lo señalado *supra*, el siguiente texto:

“según hemos declarado desde nuestra primera resolución al respecto (STC 31/1985, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 4) y hemos reiterado en ocasiones posteriores (SSTC 12/1994, Fundamento Jurídico 7; 154/1995, Fundamento Jurídico 6)”<sup>1178</sup>.

---

<sup>1177</sup> SSTC; 31/1985, de 5 de marzo; 12/1994 de 17 de febrero; 154/1995, de 24 de octubre; y 288/2000 de 27 de noviembre.

<sup>1178</sup> En este caso, el objetivo del recurso de amparo interpuesto ante el TC, es determinar si ha existido o no la violación de un derecho fundamental por parte de la resolución judicial o el proceso en cuestión.

En idéntico sentido ha continuado pronunciándose el TC, destacando entre ellas<sup>1179</sup>, a título representativo, las SSTC 95/2012<sup>1180</sup>: 21/2014<sup>1181</sup>; 13/2017<sup>1182</sup> y, la más reciente, 72/2019<sup>1183</sup>.

---

<sup>1179</sup> De la revisión de todas ellas se desprende, no sólo que la mayoría contienen la decisión -prácticamente con idéntico tenor literal- “no es precisa la retroacción de actuaciones, la cual carecería de eficacia alguna por haber cesado la situación de privación de libertad a cuyo control de legalidad está orientado el procedimiento de *habeas corpus*”.

<sup>1180</sup> STC 95/2012, de 7 de mayo de 2012. Fundamento Jurídico 7, párrafo final “en cuanto al alcance del otorgamiento del amparo, debemos advertir, como en casos análogos, que no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad para subsanarla, toda vez que, al no encontrarse ya la recurrente privada de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*. Así lo hemos afirmado desde nuestra primera resolución al respecto (STC 31/1985, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico. 4) y se ha reiterado en ocasiones posteriores (entre las últimas, SSTC 165/2007, de 2 de julio, Fundamento Jurídico. 7; 37/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico. 4; 147/2008, de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico. 5 y 88/2011, de 6 de junio, Fundamento Jurídico. 6)”.

<sup>1181</sup> STC 21/2014, de 10 de febrero de 2014. Fundamento Jurídico 3, párrafo final “en conclusión, verificado que el solicitante de *habeas corpus* estaba en una situación de privación de libertad no acordada judicialmente y que concurrían todos los requisitos formales exigidos por la LOHC, era constitucionalmente obligada la admisión a trámite del procedimiento. Al no haberse hecho así se vulneró el artículo 17.4 CE y procede declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. No es precisa la retroacción de actuaciones, la cual carecería de eficacia alguna por haber cesado la situación de privación de libertad a cuyo control de legalidad está orientado el procedimiento de *habeas corpus* (STC 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico. 7)”.

<sup>1182</sup> STC 13/2017, de 30 de enero de 2017. Fundamento Jurídico 8, párrafo final “no se hace necesario dictar medidas de reparación del derecho, pues del material de las actuaciones se desprende que aquéllos fueron puestos en libertad al día siguiente de dictarse el Auto mencionado. Ello sin perjuicio de lo que pueda haberse acordado con posterioridad por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Aranjuez, en las diligencias previas que se abrieron con posterioridad contra ambos, cuestión que queda extramuros de este amparo”.



---

<sup>1183</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019. Párrafo final del Fundamento Jurídico 3. “la vulneración del artículo 17.4 CE determina que haya que declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. Aunque esta circunstancia no resta gravedad a la vulneración declarada, no es precisa la retroacción de actuaciones, la cual carecería de eficacia alguna por haber cesado la situación de privación de libertad a cuyo control de legalidad está orientado el procedimiento de *habeas corpus* (STC 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico. 7)”.



## CAPÍTULO VII

### INADMISIÓN LIMINAR DEL *HABEAS CORPUS*. POSIBLE PREVARICACIÓN JUDICIAL

#### 1.- Introducción

Llegados a este punto, a modo de recapitulación de lo visto y, utilizando de nuevo, como punto de partida, la detención ilegal cometida por agentes de la autoridad -FCSE-. nos situamos en el caso hipotético de un sujeto que ha sido detenido y trasladado a dependencias policiales, por la supuesta comisión de un ilícito penal.

Ante las alegaciones del sujeto de estar sufriendo una posible ilegalidad en su detención, bien *ab initio*, bien sobrevenida por incumplimiento de los derechos y garantías correspondientes, dicha persona se encontrará ante dos situaciones claramente diferenciadas.

Por una parte, la denuncia de detención ilegal podría no ser reconocida por las fuerzas actuantes y, por otra, podría suceder que, por el Juzgado de Instrucción competente, tampoco fuese examinada tal ilegalidad cuando el detenido haya solicitado la celebración del procedimiento de *habeas corpus*, inadmitiendo liminarmente el Juez la demanda de incoación.

Tras lo cual, y siguiendo con el planteamiento, ambas posturas –de los agentes y del Juez- podrían, en un supuesto hipotético, devenir en una prisión provisional como consecuencia del supuesto delito cometido. Todo ello, con independencia de la condena o absolución tras la celebración del correspondiente procedimiento y posterior sentencia.

Como resultado nos encontraríamos ante varios escenarios; en primer lugar, la existencia de una posible detención ilegal en atención al

tipo penal del artículo 530 CP; en segundo lugar, el posible incumplimiento de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE cometido por el Juzgado de Instrucción, como consecuencia de la inadmisión a trámite de la demanda de *habeas corpus*, ello sin perjuicio de la inobservancia de la obligada jurisprudencia que el TC ha dictado al respecto; y, en tercer lugar, el procedimiento pendiente por el supuesto delito cometido, en el que se dilucidará la absolución o condena del detenido por tales delitos.

Todo ello, como veremos, no impide la posibilidad que dispone el detenido de interponer el recurso de amparo ante el TC -previo incidente de nulidad de actuaciones-, amén de los efectos posteriores en cuanto a la admisión de los hechos probados por el Alto Tribunal y la concesión del amparo al recurrente. Por lo que, lo determinante del presente capítulo no es desarrollar profundamente las figuras del incidente de nulidad, ni del recurso de amparo, sin embargo, ambas figuras son necesarias para presentar el escenario de un procedimiento de *habeas corpus* que no ha sido atendido correctamente por el Juez competente. Lo que pretendemos con el presente capítulo, es mostrar si tal actuación ha sido correcta y si puede implicar, o no, un delito de prevaricación judicial

En definitiva, estaríamos ante la constatación de que el sujeto que fue ilegalmente detenido, se convirtió en víctima de un delito de detención ilegal del artículo 530 CP, por lo que ello le ofrecerá varias posibilidades de actuación; por una parte, podría reclamar daños y perjuicios, a través de la vía civil, por la detención ilegal y por la prisión provisional; por otra parte, presentar una querrela contra los agentes que efectuaron la detención, por la presunta comisión del delito del artículo 530 CP; o, en último lugar, iniciar acciones judiciales contra el Juez de Instrucción que desestimó liminarmente la incoación del procedimiento de *habeas corpus*.

Estas son posibilidades que ofrecen las vías civil y penal. La civil derivada de una intervención con negligencia, impericia o imprudencia. Y la

penal como consecuencia de la posible comisión de un delito de prevaricación judicial –aspectos que vamos a desarrollar en las siguientes páginas.

## **2.- Incidente de nulidad de actuaciones.**

### **2.1.- Cuestiones previas.**

Como es sabido, representa el último “remedio procesal para tutelar los derechos fundamentales”. Se encuentra previsto en el artículo 241 LOPJ<sup>1184</sup>. Constituye el proceso incidental a través del cual se solicita la

---

<sup>1184</sup> Establece el artículo 241 LOPJ que “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde a las demás partes, que, en el plazo común de cinco días, podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

nulidad de los actos procesales si no se ha podido denunciar la infracción antes de la resolución definitiva y siempre que no quepa recurso ordinario o extraordinario contra dicha resolución<sup>1185</sup>.

### 2.1.1.- Concepto y contenido

En cuanto a los requisitos<sup>1186</sup> que inspiran la regulación de la nulidad de actuaciones, ha señalado el TC que son tres; absorción de la nulidad en el sistema de recursos; relevancia constitucional, y economía procesal.

---

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno”.

<sup>1185</sup> Dispone el TS en su sentencia, de 20 de febrero de 2015, en la que cita el texto de la STS, de 8 de mayo de 2014, que señala “una inveterada jurisprudencia viene proclamando la necesidad de administrar con prudencia y moderación la teoría de las nulidades, en el sentido de no perder de vista el pro y el contra de su aplicación, en cuanto la salvaguardia de las formalidades es garantía, tanto de la Administración como de los administrados, pero teniendo a la vez presente la funcionalidad de las mismas, en cuanto no constituyen un valor en sí, sino un elemento para asegurar una actuación vinculada a los trámites y al procedimiento preestablecido”.

Y añade el TS que “por ello dicha jurisprudencia no llega a declarar la nulidad de actuaciones, aun existiendo motivo para ello, si con la misma se consigue solo una pérdida de tiempo y de esfuerzos considerable, al preverse que la producción del procedimiento no iba a conducir a un resultado distinto al conseguido anteriormente”. Es decir, se utiliza la praxis del derecho para una dilatación injusta, y unos esfuerzos estériles basados en la mala fe y no en la búsqueda de la justicia.

<sup>1186</sup> El TC ha establecido tres principios a los que debe ajustarse la nulidad de actuaciones, principios que se deducen de sus sentencias: 85/1990, de 15 de noviembre; 86/1997, de 22 de abril; 118/1997, de 23 de junio; 26/1999, de 8 de marzo; y 53/2003, de 24 de marzo. Dichos principios son: primeramente, ha de producirse una absorción de la nulidad de actuaciones en el sistema de recursos, es

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, constituye una actuación de tutela y defensa de los derechos fundamentales<sup>1187</sup>, en este caso se trata del derecho a la libertad personal del artículo 17.1 y la garantía constitucional establecida en el 17.4 CE.

Las partes, excepcionalmente, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones -verdadero objetivo del incidente- fundado en la vulneración<sup>1188</sup> de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y que ésta no sea susceptible de recurso, dado que de lo contrario, se podría interesar la nulidad durante el procedimiento, y en caso de posibilidad de recurso, en el mismo proceso.

---

decir, existencia de una lista rigurosa de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales; en segundo lugar, será imprescindible que el vicio o defecto procesal tenga relevancia constitucional. Se exige que el defecto genere indefensión real, material o efectiva. Y, por último, se requiere una búsqueda de la economía procesal que, a su vez, se desdobra en dos aspectos: la necesidad de proceder siempre a la subsanación del defecto, en el supuesto de que ello sea factible, antes de acudir al incidente de nulidad -artículo 240.2 LOPJ-; y la conservación de los actos procesales ya realizados que no se vean afectados por el acto nulo -artículo 243 LOPJ-.

<sup>1187</sup> Así se deduce de la STC 153/2012, de 16 de julio, en la que se señala que “el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan “especial trascendencia constitucional”.

<sup>1188</sup> Los motivos susceptibles de fundar este incidente son también los que pueden reclamarse en amparo ante el TC, evitando así que deba recurrirse simultáneamente al amparo y a la nulidad, ya que, a partir de la reforma efectuada por la LOTC 6/07, este incidente es un mecanismo para recabar de los jueces la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 CE, y en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la CE.

Sobre su motivación, afirma MARC CARRILLO que "con este instrumento procesal se trata de atribuir un mayor protagonismo a la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales, reforzando el llamado amparo judicial"<sup>1189</sup>. Por lo tanto, como decíamos, su interposición será necesaria cuando se trate de una conculcación de derechos fundamentales y constituyan violaciones autónomas atribuibles a la resolución judicial impugnada<sup>1190</sup>.

En cuanto a la competencia para poder conocer de la nulidad de las actuaciones, ésta corresponde al mismo órgano que dictó la resolución que ha adquirido firmeza.

El plazo para la presentación es de 20 días desde la notificación de las resoluciones, o desde que se tuvo conocimiento de la causa de indefensión, con un máximo de cinco años como plazo de caducidad a los efectos de poder interponer el incidente, contados desde la notificación de la resolución.

Por lo que respecta al procedimiento en sí mismo, y una vez presentado el escrito, hay que tener en cuenta que, si se ha vulnerado un derecho fundamental, generalmente no se necesita un documento anejo a las actuaciones, puesto que puede constatarse en ellas mismas. No obstante, si la vulneración no queda establecida con las actuaciones y es

---

<sup>1189</sup> MARC CARRILLO.: La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible, Revista Vasca de Administración Pública, número 81/2008, páginas 87 a 109, página 105.

<sup>1190</sup> La doctrina jurisprudencial del TC nos indica que a través del incidente de nulidad de actuaciones se fortalece a los Jueces ordinarios en su condición de tutores primarios de los derechos fundamentales y la subsidiariedad, en este sentido, del recurso de amparo. En ésta línea se manifiesta el TC en sus sentencias; 155/2009, de 25 de junio, Fundamento Jurídico 2; y 43/2010, de 26 de julio, Fundamento Jurídico 5.



necesario llevar a cabo la prueba, se citará a las partes a una comparecencia que se hará de forma similar a la que se prevé para la vista del juicio verbal.

Por lo tanto, se adjuntarán al escrito<sup>1191</sup> los documentos que se consideren precisos para valorar la pertinencia de dicha nulidad. De ellos se dará traslado a la otra parte para que se puedan formular alegaciones, durante un plazo de cinco días -241.1 LOPJ-.

La decisión sobre la nulidad se emitirá mediante un auto, según el cual, o bien desestimaré la solicitud, con ello el proceso concluye de ese modo, y se le podrá imponer al solicitante las costas y, en su caso, una multa por temeridad; o bien, por el contrario, se estimará la solicitud, declarándose entonces que se ha vulnerado un derecho fundamental mediante una resolución, con reposición de las actuaciones correspondientes y, a partir de ahí, se podrá seguir el procedimiento normal. Habrá que tener en cuenta que contra la resolución que resuelva el incidente, en uno u otro sentido, no cabrá recurso alguno.

## **2.2.- Incidente de nulidad y recurso de amparo. Cuestiones relacionadas**

### **2.2.1.- ¿Incidente de nulidad previo o recurso de amparo directo?**

Dicho lo anterior, nos encontramos a continuación ante la disyuntiva entre interposición de nulidad de actuaciones, o recurso de amparo. No

---

<sup>1191</sup> El escrito que solicita la nulidad de actuaciones no produce el efecto de suspender la ejecución de la sentencia o de la resolución, a no ser que así lo pida la parte o se acuerde por el juez.

constituye una cuestión baladí, ni una actitud a adoptar en función de la estrategia de defensa, sino que representa un aspecto importante en la actuación procesal. La ausencia de la solicitud de nulidad de actuaciones puede implicar que el TC inadmita el recurso de amparo por no haberla interpuesto previamente, y éste sería considerado como extemporáneo<sup>1192</sup>.

En el supuesto de que no esté prevista la posibilidad de presentar un recurso, se interpondrá el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, ello con carácter de escrito independiente, y subordinado al cumplimiento de sus propios presupuestos, tanto de forma como de plazo<sup>1193</sup>.

El TC ha determinado que constituye un recurso de ineludible interposición<sup>1194</sup> frente a resoluciones judiciales firmes. En este sentido,

---

<sup>1192</sup> Evidentemente, en dicho caso, también se quedaría sin la posibilidad de acudir al TEHD, dado que no admitirá los casos que no hayan agotado la vía judicial nacional.

<sup>1193</sup> Reiteramos las palabras del artículo 241 LOPJ que establece “podrán pedir por escrito que se declare la nulidad (...) siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. Circunstancia que se produce en la inadmisión liminar del procedimiento de HC.

<sup>1194</sup> STC 178/2002, de 14 de octubre, en la que dispone, respecto del incidente de nulidad, que “constituye un recurso de ineludible interposición para cumplir el requisito previsto en el artículo 44.1 a) LOTC, relativo al agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial y respetar así el carácter subsidiario del recurso de amparo; por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir a este Tribunal (SSTC: 108/1999, de 14 de junio, FJ 2; 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; y 165/2002, de 17 de septiembre, FJ 3)”.

advierde ARAGÓN REYES<sup>1195</sup> que “como consecuencia de su contenido, se exige su presentación del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 LOPJ, para que pueda considerarse realizado el presupuesto de finalización de la vía judicial [artículo 44.1.a) LOTC]”<sup>1196</sup>, postura ésta a la que nos sumamos, en un evidente seguimiento de la doctrina del TC<sup>1197</sup>.

La pretensión, autónoma y directa, de amparo que, en base a lo preceptuado en el artículo 17.4 CE, se dirige contra la actuación del Juzgado que deniega liminarmente el *habeas corpus*, incurrirá en el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, en el supuesto de que no interponga la petición de nulidad<sup>1198</sup>, ex artículo 241.1 LOPJ.

Acto seguido, comprobaremos cuál es la influencia del incidente excepcional de nulidad de actuaciones sobre el plazo para interponer el recurso de amparo.

---

<sup>1195</sup> ARAGÓN REYES, M.: El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, 2011, página 376.

<sup>1196</sup> El artículo 44.1 a) LOTC dispone que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”.

<sup>1197</sup> Según señala el TC, “en los casos en los que, tras la inadmisión por el Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación doctrina interpuesto contra una Sentencia de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, se pretende recurrir en amparo contra esta Sentencia aduciendo que la misma incurre en incongruencia”. Entre otras: SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 6; Auto del TC 211/2005, de 12 de mayo, FJ 2, y 448/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).

<sup>1198</sup> Considerada por el TC como “viable y útil para obtener la reparación de la vulneración del derecho al procedimiento de *habeas corpus*”. STC 21/2018, de 5 de marzo de 2018, Fundamento Jurídico 2 párrafo segundo, apartado a).

El artículo 41.2 LOTC<sup>1199</sup> establece que el plazo para interponer el recurso de amparo será de treinta días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Lo que puede originar que, por un lado, si el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no se interpone, se inadmita el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial, y, por otro lado, si se interpone cuando resulte manifiestamente improcedente, determine que el recurso de amparo sea extemporáneo, y también sea inadmitido.

Sin embargo, es necesario destacar que, el TC<sup>1200</sup> en su momento ya declaró expresamente el carácter subsidiario del recurso de amparo<sup>1201</sup>.

### **2.2.2.- Recurso de amparo**

Una vez concluido el incidente de nulidad, cuando sea condición *sine qua nom*, será viable la interposición del recurso de amparo ante el Alto Tribunal.

En cuanto a su carácter y función, señala MARC CARRILLO, que “si nos atenemos a la Constitución, no puede desconocerse que el recurso de amparo cumple, y no puede dejar de hacerlo mientras que la Norma

---

<sup>1199</sup> El artículo 41.2 LOTC establece que “el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

<sup>1200</sup> Por todas, Pleno del TC Sentencia, de 19 de diciembre de 2013.

<sup>1201</sup> SSTC que establecen el carácter subsidiario del recurso de amparo: 99/2009, de 27 de abril; 242/2007, de 10 de diciembre; y 189/2002, de 14 de septiembre.

Suprema no se reforme, una función garantista de carácter subjetivo de los derechos fundamentales; y que, sin perjuicio de la llamada dimensión objetiva, la tutela subjetiva es consustancial al recurso de amparo”<sup>1202</sup>. Opinión que compartimos y de la que se extraen los aspectos sustantivo y subjetivo, a nuestro juicio, tan determinantes, como podremos comprobar en los apartados siguientes.

El recurso de amparo no está dirigido a examinar la legalidad o ilegalidad de la privación de libertad del sujeto. Como ya hemos visto, el Alto Tribunal entiende que el procedimiento de *habeas corpus* es una acción procesal, no un proceso contencioso-administrativo, ni un proceso penal<sup>1203</sup>. El objetivo del recurso de amparo, es determinar si ha existido la violación de un derecho fundamental por parte de la resolución judicial o el proceso en cuestión.

Así pues, veamos, por una parte -y con carácter previo-, los requisitos procesales del recurso de amparo en su condición formal y, por otra, los presupuestos sustantivos -o de fondo-. Ello con la intención de que más tarde podamos valorar el alcance e importancia que ambos tendrán en la posterior admisión, sustanciación y resolución de las demandas de amparo interpuestas.

En cuanto a los derechos a proteger, el artículo 41.1 LOTC<sup>1204</sup> dispone que los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 CE serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que

---

<sup>1202</sup> MARC CARRILLO.: La objetivación del recurso de amparo...op. cit., página 96.

<sup>1203</sup> Como se apunta en la STC 341/1993, Fundamento Jurídico 6.

<sup>1204</sup> El artículo 41.1 LOTC ordena que “los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución”.

esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 CE.

Sobre los actos recurribles en amparo, el artículo 41.2 LOTC señala que éste “protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las CCAA y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

Por lo que respecta a los distintos tipos, son tres los recursos esenciales contra:

- Actos sin valor de ley, que emanen de los Parlamentos o, en su caso, del Poder Legislativo.
- Actos provenientes de la Administración o del Poder Ejecutivo, que violen los derechos fundamentales -artículo 43 LOTC-<sup>1205</sup>.
- Actos dimanantes del Poder Judicial o de actuaciones judiciales, que vulneren los derechos y libertades -artículo 44 LOTC-<sup>1206</sup>.

---

<sup>1205</sup> El artículo 43 LOTC dispone que “1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente. 2. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. 3. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo”.

<sup>1206</sup> Artículo 44 LOTC “1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión

En efecto, es importante distinguir entre las transgresiones que directamente se atribuyen a la fuerza policial actuante, encuadrándolas en el artículo 43 LOTC, de las que se dirigen autónomamente contra la resolución judicial que inadmite o resuelve el procedimiento de *habeas corpus*, que serían, en cambio, propias del artículo 44 LOTC.

En cuanto a los plazos de interposición, estos variarán en atención al tipo de recurso de que se trate; por una parte, el amparo contra actos del poder judicial, a tenor del artículo 44.2 LOTC posee un plazo de treinta días, iniciándose el cómputo desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa; por otras, el amparo que podríamos denominar “parlamentario”, tiene un plazo de tres meses a partir del instante en que el acto o resolución adquiriera firmeza al haber agotado las posibles acciones impugnatorias que hubiese establecidas, dado el carácter subsidiario que tiene el recurso de amparo; y, por último, el recurso contra actos de la administración dispone de un período de veinte días a contar desde la firmeza vía judicial -43.2 LOTC-.

---

de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a Constitucional.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. conocer el Tribunal

En el supuesto de que se aleguen violaciones del derecho a la libertad personal de una u otra naturaleza, el recurso de amparo interpuesto podría ser calificado como “mixto”, del que nos ocupamos en páginas siguientes. El Alto Tribunal en su Auto 172/2009, de 1 de junio, estableció que el plazo común para las distintas pretensiones será de treinta días<sup>1207</sup>.

Por ello el TC, con su sentencia 11/2019<sup>1208</sup>, ha convertido la distinción entre ambos vencimientos, en un presupuesto determinante en cuanto al cómputo de los períodos de interposición y su posible extemporaneidad, puesto que si se considera que ha sido la fuerza policial actuante la que, eventualmente, habría conculcado los derechos fundamentales del recurrente, y el Juzgado de Instrucción tan solo se limitó a no “restablecer o reparar” esas infracciones previas, cometidas por los agentes instructores<sup>1209</sup>, en ese supuesto regirá el plazo de veinte días, periodo de tiempo que el artículo 43.2 LOTC prevé para las pretensiones de amparo a que se refiere el apartado primero de dicho precepto<sup>1210</sup>.

---

<sup>1207</sup> Auto 172/2009, de 1 de junio, Fundamento Jurídico 3. En este punto es preciso señalar que, entre las modificaciones que se introdujeron en el régimen jurídico del recurso de amparo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se encuentra la ampliación del plazo para la interposición de los recursos de amparo, que se elevó a treinta días, en los casos previstos en el artículo 44 LOTC (es decir, cuando el amparo se dirige contra violaciones de derechos fundamentales que tienen su origen en un acto u omisión de un órgano judicial).

<sup>1208</sup> STC 11/2019, de 28 de enero.

<sup>1209</sup> Por ejemplo, con la reclamación del detenido o su abogado, de no haber tenido acceso al atestado o que la información recibida hubiese sido insuficiente para impugnar la detención policial.

<sup>1210</sup> En este mismo sentido se pronunció el TC en su sentencia 21/2018, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 2. Aunque ya anticipó el TC esta postura, cuando en su sentencia 13/2017, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3, señaló que la exención de la carga de interponer el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ, obedecía al hecho de que este tipo de quebrantamientos de índole estrictamente policial se sitúan dentro del marco normativo del artículo 43 LOTC que, como



En lo referente a las partes y su legitimación, la propia Constitución y también el legislador han establecido una gran variedad de legitimados, tanto para actuar ante el TC -ya habiendo dado inicio el procedimiento- como para presentar la demanda de amparo<sup>1211</sup>.

Los requerimientos exigidos por la LOTC para el recurso de amparo, serán haber ostentado la condición de parte en el previo procedimiento judicial; que ante el órgano judicial se haya invocado la conculcación del derecho fundamental, buscando con ello su reparación<sup>1212</sup> y, finalmente; haber agotado la vía judicial. Circunstancia que ya adelantamos en el anterior apartado del incidente de nulidad<sup>1213</sup>.

En esto último viene insistiendo el TC exigiendo que “en el supuesto que estamos planteando, es decir, la vulneración del derecho a la

---

decíamos, en su apartado segundo dispone expresamente un plazo de veinte días para la interposición del recurso de amparo.

<sup>1211</sup> Una importante parte de la doctrina, entre los que destaca PEREZ TREMPES, sostiene que la legitimación para el recurso de amparo se encuentra establecida, de forma expresa, en la Carta Magna, por lo que no existe posibilidad de modificación por parte del Poder Legislativo. Postura a la que, sin duda, nos sumamos. La legitimación de un recurso de semejante trascendencia constitucional no puede quedar al albur de la corriente política que ostente la mayoría necesaria para ello. PEREZ TREMPES, P.: La reforma del recurso de amparo, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, página, 209. En sentido contrario se posiciona SANTAOLLA LÓPEZ, quien considera que modificar la legitimación, podría ser utilizado para disminuir el número de recursos de amparo que saturan el TC, -postura que no compartimos porque implicaría limitar en exceso el ejercicio de un derecho. SANTAOLLA LÓPEZ, F.: El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional, en Revista de Derecho Político, número 24, Madrid, 1987, página 169.

<sup>1212</sup> En esa línea, por todas, señalamos la STC 287/1993, de 4 octubre.

<sup>1213</sup> Fue con la STC 216/2013, de 19 de diciembre, cuando el TC comenzó a implantar una jurisprudencia definida sobre la necesaria interposición del incidente de nulidad de actuaciones.

información básica necesaria para la impugnación de la detención y el quebrantamiento del derecho a la garantía constitucional del *habeas corpus*<sup>1214</sup> –artículo 17.4 CE-, se requiere la utilización de la solicitud del incidente de nulidad de dicha resolución -artículo 241 LOPJ- para, con ella, obtener la reparación de la vulneración señalada, por lo que en su defecto, la demanda de amparo habrá de ser inadmitida por falta de agotamiento de la vía judicial previa, artículo 44.1 a) LOTC”<sup>1215</sup>.

Sobre los presupuestos para la admisión de la demanda de amparo, debemos señalar que la LO 6/2007 realizó una reforma<sup>1216</sup> tras la que, para la admisión del recurso de amparo, habrían de converger, “además de la lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo - artículos 53.2 y 161.1.b CE y artículo 41 LOTC-, una especial trascendencia constitucional del asunto -artículo 50.1.b) LOTC<sup>1217</sup>-”, en este sentido se

---

<sup>1214</sup> A través del auto que dicta el Juzgado de Instrucción inadmitiendo *a limine* la solicitud de incoación del procedimiento de HC.

<sup>1215</sup> En este sentido, se expresa el TC en su sentencia 189/2016, de 14 de noviembre, Fundamento Jurídico 3.

<sup>1216</sup> Como es sabido, la LO 6/2007 modificó el artículo 241.1 LOPJ reemplazando las dos causas expresas que antes se establecían para acceder a este incidente, a saber, incongruencia en el fallo o indefensión, por un mayor abanico de supuestos, “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE”, esto es, de cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de solicitar amparo al TC.

<sup>1217</sup> Artículo 50.1 LOTC “el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

pronuncia ARAGÓN REYES<sup>1218</sup>, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal<sup>1219</sup>. Ello constituye una exigencia que no puede confundirse con la obligatoriedad de la propia fundamentación de la violación del derecho constitucional denunciado. Por lo tanto, la imposición de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, es algo distinto a razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por el acto o la decisión impugnado.

Por lo que respecta al escrito de demanda de amparo, de él se ocupan los artículos 49<sup>1220</sup> y 50<sup>1221</sup> LOTC. En este sentido, el Alto Tribunal

---

<sup>1218</sup> Coincidimos con ARAGÓN REYES, a quien exponemos en representación de la doctrina mayoritaria. ARAGÓN REYES, M.: El incidente de nulidad...op. cit., página 372.

<sup>1219</sup> Entre otras resoluciones destacaremos; el Auto del TC 188/2008, de 21 de julio, Fundamento Jurídico 1; la STC 289/2008, Fundamento Jurídico 1; y en idéntica línea la STC 155/2009, Fundamento Jurídico 2.

<sup>1220</sup> Artículo 49 LOTC “uno. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso. Dos. Con la demanda se acompañarán: a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo. b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo. Tres. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si los hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal. Cuatro. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso”.

<sup>1221</sup> Artículo 50 LOTC “1. el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los

no ha sido especialmente exigente en cuanto al aspecto formal de dicho documento<sup>1222</sup>. Sin embargo, se exige en el cuerpo del escrito de demanda una citación expresa de los artículos constitucionales vulnerados, señalando el amparo que se solicita para su reparación, exponiendo con ello la trascendencia<sup>1223</sup> del recurso, constitucionalmente hablando<sup>1224</sup>.

A dicho escrito habrán de adjuntarse la representación del solicitante; certificación de la resolución judicial -nuestro supuesto planteado-; y, copia documental para las partes. Disponiendo de un plazo de diez días para la rectificación de los defectos subsanables que se hayan detectado.

---

artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. 2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución. 3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de 72 horas. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna. 4. Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno”.

<sup>1222</sup> Por todas, véase STC 214/2005, de 12 septiembre.

<sup>1223</sup> En este sentido, previene ARAGÓN REYES señalando “ni qué decir tiene que la justificación formulada en la demanda no vincula al Tribunal a la hora de admitir, que puede perfectamente entender que no se da la especial trascendencia constitucional”. ARAGÓN REYES, M.: El incidente de nulidad...op. cit., página 373.

<sup>1224</sup> Advierte el TC en su Auto 188/2008, Fundamento Jurídico 2, que el artículo 49.1 LOTC dispone de forma taxativa que la demanda habrá necesariamente de “justificar la especial trascendencia constitucional del recurso”, circunstancia ésta que es muy distinta a “razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental”.

Después de ello, únicamente se admitirá la demanda cuando, tras realizar un razonamiento de fondo y examinando el estricto cumplimiento de los requisitos formales y procesales, exista unanimidad de los tres miembros de la Sección respecto de dicha admisión, a lo que hay que añadir el presupuesto objetivo de apreciar una “especial trascendencia constitucional” que la justifique<sup>1225</sup>.

Seguidamente, se procederá a la sustanciación del proceso, así, cuando la demanda del recurso de amparo haya sido admitida a trámite, se procederá a dar paso a la sucesión de los actos procesales que producirán como resultado la resolución judicial con forma de sentencia -otorgando o denegando el amparo-. Queda todo ello recogido en los artículos 51 a 53 LOTC.

Y, por último, señalar que la regla general, en cuanto a la suspensión de los actos objeto de amparo, será la no suspensión de las resoluciones judiciales -como consecuencia del recurso-. No obstante, la Sala o la Sección -del TC- podrá acordar la suspensión -total o parcial- e incluso establecer cualquier medida provisional o cautelar que establezca el ordenamiento jurídico, e incluso en caso de urgencia excepcional, podrá llevarse a cabo *inaudita parte*.

---

<sup>1225</sup> Por nuestra parte, consideramos que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que no resulta muy aconsejable en cualquier ámbito del derecho. A este respecto, el legislador trata de clarificarlo señalando que dicha “trascendencia” podría explicarse dividiéndola en tres criterios a cumplir; en atención a la importancia del recurso en cuanto a la interpretación que debe realizarse de la Carta Magna; en aras de una aplicación eficaz de la Constitución Española; y, por último, que dicho recurso de amparo sirva para una mejor concreción del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Como advertíamos en páginas precedentes, llegados a este punto, reparamos en el carácter mixto que puede poseer el recurso de amparo.<sup>1226</sup> En primer lugar, la actuación de la policía y, en segundo, la resolución de inadmisión liminar adoptada por el Juzgado de Instrucción.

Por lo tanto, la vulneración del derecho a la libertad personal en el que se enmarca el recurso de amparo que nos ocupa, podrá ser calificado como “mixto”<sup>1227</sup> cuando se aleguen dos vulneraciones -es decir, que se sustancie el recurso con una fundamentación de doble queja-: de un lado, la reclamación de haber recibido una información insuficiente<sup>1228</sup> para

---

En base a los hechos probados de la STC 72/2019, de 20 de mayo-, nos encontramos con una demanda de amparo que engloba dos vulneraciones bien diferenciadas.

<sup>1227</sup> En este sentido, el TC admite el planteamiento simultáneo de ambas quejas, así lo dispone en su sentencia 21/2018, de 5 de marzo de 2018, Fundamento Jurídico 2, párrafo segundo, disponiendo -sobre un supuesto similar al planteado por nosotros- que “ la demanda de amparo no cuestiona únicamente la tramitación judicial indebida de la petición de *habeas corpus* (artículo 17.4 CE) sino que, de manera nuclear y autónoma, cuestiona también la forma en la que se desarrolló la previa detención policial preventiva del demandante (artículo 17.3 CE)”, a lo que continúa añadiendo que “ nos hallamos en este caso, formal y materialmente, ante lo que hemos denominado un recurso de amparo mixto correspondiente tanto a la previsión del artículo 43 LOTC, como a la de su artículo 44 LOTC. Junto a la queja principal referida a la actuación desarrollada por los agentes de la autoridad durante su detención preventiva (artículos 17.1 y 3 y 24.2 CE), la segunda pretensión de amparo, compatible con la anterior, no coincide con la misma pues cuestiona, adicionalmente, la respuesta judicial de fondo e irrecurrible en cuanto denegó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* a través del cual el detenido trató de obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales (artículo 17.4 CE)”.

<sup>1228</sup> En cuanto a la estimación del recurso de amparo por falta de información al detenido sobre los motivos de su detención, en aras de la posible impugnación de su privación de libertad personal, resulta revelador el dato de que un gran porcentaje de las pretensiones de amparo son estimadas, no porque en el supuesto que se examina no existieran razones o causas suficientes para proceder a la detención del demandante de amparo, sino porque siendo dichas circunstancias las mismas, no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos

impugnar la detención realizada por los agentes intervinientes, encuadrándolas en el artículo 43.2 LOTC<sup>1229</sup> -plazo de 20 días-. Y, de otro, la protesta que se dirige -autónomamente- contra la resolución del Juzgado de Instrucción, a través de la cual se inadmite *ad limine* (desobedeciendo la doctrina establecida por el TC<sup>1230</sup>) o resuelve el procedimiento de HC - en este caso estarían relacionadas con el artículo 44.2 LOTC<sup>1231</sup> (plazo de 30 días)-.

En línea con lo anterior, podemos afirmar que el TC, como norma general y debido a su carga de trabajo, tarda en resolver, por lo que nos encontramos con sentencias que, incluso en el supuesto de haber sido estimado el amparo, no tendrían efectos, verdaderamente prácticos, respecto de una puesta en libertad, que muy probablemente ya se produjo hace años. Circunstancia ésta que ya denunciábamos y nos ocupábamos en el capítulo que se dedicaba al procedimiento de *habeas corpus*, En

---

establecidos en la ley, es decir; se trata de información suficiente y escrita con posibilidad de acceso a las actuaciones que la objetivaban, si así era reclamado, habiendo posibilitado su cuestionamiento ante el Juzgado de Instrucción del procedimiento de *habeas corpus*, garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley.

<sup>1229</sup> Artículo 43.2 LOTC “el plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial”.

<sup>1230</sup> Como es sabido, la obligatoriedad de la jurisprudencia del TC llega, indiscutiblemente, no solo a la imposibilidad de inadmitir liminarmente la incoación del procedimiento de HC argumentando para ello cuestiones de fondo, sino que alcanza también al recurso de amparo. Sobre ello, es contundente la postura de MARC CARRILLO, quien afirma que “la jurisdicción ordinaria está vinculada por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, incluido, el recurso de amparo. Así lo prescribe el artículo 9.1 CE y lo reiteran, aunque no fuese necesario, los artículos 40.2 LOTC y el artículo 5.1 de la LOPJ”. MARC CARRILLO.: La objetivación del recurso de amparo...op. cit., página 97.

<sup>1231</sup> Artículo 44.2 LOTC “el plazo para interponer el recurso de amparo será de treinta días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

cualquier caso, no somos ajenos al hecho de que tal deseo de eficacia inmediata no deja de ser una utopía.

Por su parte, GUDE FERNANDEZ<sup>1232</sup> nos llama la atención sobre el hecho de que, en un buen número de las sentencias estimatorias de amparo que fueron dictadas como consecuencia de autos denegatorios de incoación de procedimientos de *habeas corpus*, el TC suele incluir un fundamento jurídico declarando expresa y literalmente que "no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad personal para subsanarla, toda vez que al no encontrarse ya el recurrente en situación de privación de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*"<sup>1233</sup>.

Sirva como ejemplo de lo anterior, la STC 209/2000, de 24 de julio, en la que en su Fundamento Jurídico 7 se dispone un enunciado que se repite en una gran cantidad de sentencias posteriores<sup>1234</sup>.

---

<sup>1232</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus* en España...op. cit., página 171.

<sup>1233</sup> SSTC; 31/1985, de 5 de marzo; 12/1994 de 17 de febrero; 154/1995 de 24 de octubre; y 288/2000 de 27 de noviembre.

<sup>1234</sup> Se señalando que "por último, en cuanto al alcance del otorgamiento del amparo, debemos advertir que no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad para subsanarla, toda vez que al no encontrarse ya el recurrente en situación de privación de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*, según hemos declarado desde nuestra primera resolución al respecto (STC 31/1985, de 5 de marzo, Fundamento Jurídico 4) y como hemos reiterado en ocasiones posteriores (SSTC 12/1994, Fundamento Jurídico 7; 154/1995, Fundamento Jurídico 6)".

En definitiva, y tras todo lo expuesto, a resultas de la solicitud del procedimiento de *habeas corpus*; su posterior inadmisión liminar; la interposición de incidente de nulidad y, por último, la presentación del recurso de amparo, llegamos a la sentencia del TC, en la que tras los Antecedentes de hecho, la determinación de los Hechos probados y los correspondientes Fundamentos de Derecho, falla el Alto Tribunal



## 2.3.- Prevaricación judicial

### 2.3.1.- Concepto y contenido.

Veamos, por tanto, si con tal proceder se cumplen los presupuestos exigidos por el tipo penal de la prevaricación judicial.

La independencia de los jueces y magistrados, implica también la responsabilidad derivada del obligado acatamiento y sometimiento al imperio de la ley. Ciertamente, el artículo 117.1 CE <sup>1235</sup> señala a la responsabilidad como uno de los principios que determinan a las autoridades judiciales que ostentan la potestad jurisdiccional, y en ello redunda el artículo 1 LOPJ, al señalar que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes<sup>1236</sup>, inamovibles, responsables y sometidos

---

estimando el amparo, declarando que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la libertad personal y su derecho al acceso a la tutela judicial efectiva al inadmitir indebidamente el procedimiento de *habeas corpus* - artículo 17.1 y 4 CE- declarando la nulidad del auto del Juzgado de Instrucción.

<sup>1235</sup> Artículo 117.1 CE “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

<sup>1236</sup> Advierte el TS en su sentencia 79/2012, de 9 de febrero, en cuanto a la independencia del Juez que “desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobado penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho”. Fundamento Jurídico 5, punto 1. último párrafo.

únicamente a la Carta Magna y al imperio de la ley -se trata de una transcripción prácticamente literal del artículo 117.1 CE-.

Por su parte el artículo 16 LOPJ dispone que los jueces y magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en la LOPJ.

Por tanto, la responsabilidad por los actos u omisiones que realicen en el ejercicio de sus cargos puede ser de tres clases: civil, disciplinaria y penal. Nos centraremos en el análisis de esta última.

El CP recoge el delito de prevaricación en el Capítulo I del Título XX dentro de los delitos contra la Administración de Justicia <sup>1237</sup>. En el mencionado capítulo se incluyen tres conductas claramente diferenciadas: en primer lugar, el retardo malicioso <sup>1238</sup> en la administración de justicia -

---

<sup>1237</sup> Ello constituía una reclamación de una parte mayoritaria de la doctrina, por todos ellos citaremos a dos de los autores más representativos: MAGALDI, M. J.: Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal, Revista Documentación Jurídica, nº 37/40, Volumen 2, 1983, páginas 1189 y siguientes; y LUZÓN PEÑA D. M.: Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la administración de justicia, Libro homenaje al Profesor J. Antón Oncea, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, Salamanca, página 781.

<sup>1238</sup> El artículo 449 CP, dispone en su punto 1 que, “en la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior”.

artículo 449 CP-; en segundo lugar, la negativa a juzgar<sup>1239</sup> -artículo 448 CP- y, finalmente, el delito de prevaricación judicial<sup>1240</sup> -artículos 446 y 447 CP-.

La etiología del término prevaricación procede del latín “*praevaricatio*”, que deriva a su vez de “*prae*” y “*varus*” (piernas torcidas o huesos torcidos de las piernas). Por lo tanto, prevaricar equivaldría a caminar torcidamente o desviarse del camino recto. Gramaticalmente sería como incumplir libremente la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento. En esta línea se manifiesta la mayoría de la doctrina, por todos CÓRDOBA RODA<sup>1241</sup>.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ya define la prevaricación en su sentido más propio y estricto

---

<sup>1239</sup> Artículo 448 CP “el juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

<sup>1240</sup> El artículo 446 CP señala el tipo doloso, apuntando que “el juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve. 3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas. Por su parte, el artículo 447 CP, recoge el tipo culposo, apuntando que “el Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictará sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

<sup>1241</sup> CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, página 2128.

como “el delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario”.

En sentido lato, podríamos definir la prevaricación judicial, como el abuso de la posición que ostenta el Juez o Magistrado, dando lugar a un evidente quebranto de sus deberes constitucionales <sup>1242</sup>. Por lo que podemos considerar que la fundamentación del delito de prevaricación judicial es desviarse de la función constitucional encomendada <sup>1243</sup>. El proceso penal <sup>1244</sup>, caso que nos ocupa, posee evidentes diferencias respecto del ilícito administrativo.

Dicho lo cual, resulta obvio que son dos cosas distintas emitir una sentencia errónea que una injusta. La primera presume una interpretación equivocada del caso por parte del órgano y se subsana por vía de los recursos. Al tiempo que la segunda presume optar por un camino jurídicamente indefendible que no cabe dentro de las opciones legales disponibles, ya sea a sabiendas o por imprudencia grave.

Tal desvío se plasma en la resolución que se dicta <sup>1245</sup>, término que incluye las providencias, autos y sentencias. Sin embargo, es necesario

---

<sup>1242</sup> En este sentido, se pronuncia el TS en su sentencia 2/1999, de 15 de enero.

<sup>1243</sup> STSJ de Cataluña, 9/2003, de 27 de marzo, y STSJ de Andalucía (Granada) 1/2005, de 28 de enero.

<sup>1244</sup> Recordemos que, en el Derecho penal, se incluyen los supuestos cuya flagrancia resulta tan patente que ponen de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, en cumplimiento del principio transversal de intervención mínima, de este modo se posicionó el TS en su sentencia 806/2004, de 28 de junio. No obstante, debemos tener presente que es absolutamente factible la respuesta disciplinaria en sede administrativa, cuando se manifieste un grave descuido en la actuación del Juez, así lo señaló el TS en su Acuerdo de, 14 de mayo de 2002, Causa especial 4/2002.

<sup>1245</sup> Al respecto, el concepto de resolución que mayoritariamente se acoge es una representación eminentemente material que vinculada al bien jurídico, se ocupa no solo de cuestiones estrictamente formales, sino también del ejercicio de la potestad

tener presente que, en lo que respecta al tipo penal de la prevaricación judicial –máxime en el aspecto que nos ocupa-, la expresión “resolución judicial injusta” habrá de incluir toda aquella resolución que integre un contenido con aspectos decisorios, no debiendo comprender los actos que tengan mero carácter de trámite. Es decir, coincidimos con FERNÁNDEZ FUSTER cuando afirma que será el contenido de la resolución –no tanto la forma- la que calificará el carácter de “injusta”<sup>1246</sup>.

Al hilo de lo anterior, compartimos criterio con RAMOS TAPIA, cuando opina que incluso quedarían fuera del ámbito de protección del delito de prevaricación aquellas decisiones que, a pesar de haber sido dictadas en el seno del propio proceso y calificables como injustas, no tienen carácter jurisdiccional, como son las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a jurisdicción disciplinaria, se imponen en la misma sentencia -artículo 244 LOPJ-<sup>1247</sup>.

En suma, el delito de prevaricación judicial sólo se podrá cometer a través de una resolución<sup>1248</sup> que tenga contenido decisorio<sup>1249</sup>, quedando

---

jurisdiccional. Lo relevante a estos fines, por lo tanto, es la naturaleza jurisdiccional de la resolución, que es atribuible a las providencias, autos y sentencias. Y también puede predicarse del veredicto del laudo arbitral y del Tribunal del Jurado.

<sup>1246</sup> En esta línea se posiciona FERNÁNDEZ FUSTES, M. D.: Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial, Revista InDret 1/13, 2013, Barcelona, página 7.

<sup>1247</sup> Dispone el artículo 244 LOPJ que “las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo, se llamarán acuerdos. 2. La misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales”.

<sup>1248</sup> Así lo sostiene el TS en la sentencia 877/1998, de 24 de junio, en la que señala que el término “resolución”, incluye también las providencias.

<sup>1249</sup> RAMOS TAPIA M. I.: El delito de prevaricación judicial...op. cit., página 225.

excluidos los actos de trámite<sup>1250</sup>. Habrá de considerarse, no tanto la forma que adopte la resolución sino su contenido.

En lo referente a la iniciación y cuál es el momento en el que será posible comenzar un proceso por prevaricación judicial, no es necesario esperar a que la resolución que incurre en la prevaricación adquiera la condición de firme. A este respecto, se posiciona en sentido contrario, DEL MORAL GARCÍA<sup>1251</sup>, quién señala que “la exigencia, en el caso de las sentencias, de que la causa en la que recayó la resolución prevaricadora haya finalizado por decisión firme, es una cautela que debería haberse mantenido”. Opinión que no compartimos, puesto que la “injusticia” no desaparecerá, o disminuirá su gravedad por la existencia de un posible recurso a interponer, o por el mero hecho de ser susceptible de anulación por parte de la siguiente instancia.

En este sentido opinamos que resulta extraordinariamente ilustrativa y acertada la expresión que utiliza el TS cuando señala que “se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y recurribilidad”<sup>1252</sup>.

---

<sup>1250</sup> En algunas ocasiones nos encontramos con resoluciones que, a pesar de adoptar la forma de providencia, tienen el contenido propio de un auto y resuelven cuestiones esenciales de un asunto.

<sup>1251</sup> DEL MORAL GARCIA, A.: Código Penal. Comentarios y jurisprudencia, Tomo 2, editorial Comares, 2002, Granada, página 2466.

<sup>1252</sup> Así, la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2001, apunta que “se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y de recurribilidad. La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene, no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta, puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguibilidad. La resolución injusta lo es *per se* y como tal constituye una resolución prevaricadora”.

### 2.3.2.- Elementos del tipo

Acerca del tipo objetivo del ilícito penal, no hay duda que en relación con el bien jurídico protegido, nos encontramos ante un delito pluriofensivo, dañando tanto al ciudadano, como a la sociedad, así como al crédito de la Administración de Justicia<sup>1253</sup>. Constituye, asimismo, un delito de simple actividad, cuya consumación se origina en el momento del pronunciamiento de la resolución injusta, sin requerirse la creación de resultado alguno, pero sin perjuicio de su posible producción ulterior<sup>1254</sup>.

Considera el TS que la prevaricación judicial posee dos elementos; objetivo –“resolución injusta”- y subjetivo –“a sabiendas”-<sup>1255</sup>.

Como es sabido, el delito de prevaricación judicial consiste en un tipo penal cometido por expertos en Derecho, lo cual, en ocasiones, ha significado que para su comisión se exigiese que la arbitrariedad hubiese sido “esperpéntica” o que pudiese haber sido apreciada por cualquier persona<sup>1256</sup>, posición ésta de la que nos apartamos totalmente, dado que, en modo alguno, un Juez o Magistrado -quienes poseen la mayor cualificación jurídica posible- puede ser tratado como si su posición y funciones no tuviesen connotaciones jurídicas<sup>1257</sup>.

---

<sup>1253</sup> TSJ de Cataluña, 1ª, 1/2005, de 3 de enero.

<sup>1254</sup> La sentencia del TSJ de Andalucía, 1/2005, de 28 de enero, señala en su FJ 2 que el TS, Sentencia 2338/2001, de 11 de diciembre tiene declarado que el delito de prevaricación judicial dolosa descrito en el artículo 446.3º del Código Penal se integra por dos elementos: uno de naturaleza objetiva integrado por el dictado de una resolución injusta, y otro subjetivo, configurado por el elemento subjetivo del injusto consistente en saber que se está dictando una resolución injusta, lo que queda objetivado en la expresión "a sabiendas" que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa.

<sup>1255</sup> STS 2338/2001, de 11 de diciembre.

<sup>1256</sup> SSTs 575/1995, de 20 de abril; y 155/1997, de 7 de febrero.

<sup>1257</sup> STS 2/1999, de 15 de octubre.

Resulta obvio, pues, que la injusticia ha de hacerse con enfoque objetivo, siendo absolutamente imprescindible su palpable evidencia<sup>1258</sup>, excluyendo ello los supuestos en que pudiesen introducirse elementos factibles de propia interpretación<sup>1259</sup>.

Según la concepción objetiva, la prevaricación<sup>1260</sup> se produce cuando el Juez decide motivado por consideraciones ajenas conjunto normativo y, cuando se aparta del método de interpretación o aplicación previsto en el ordenamiento jurídico<sup>1261</sup>. Es decir, dicta una resolución manifiestamente injusta<sup>1262</sup>, existiendo una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquella tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia.

---

<sup>1258</sup> STS 359/2002, de 26 de febrero.

<sup>1259</sup> STS 806/2004, de 28 de junio.

<sup>1260</sup> En la jurisprudencia se ha compendiado la doctrina sobre la prevaricación en los siguientes términos. "(...) en la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la sentencia TS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable". Así se deduce de la STS 101/2012, de 27 de febrero.

<sup>1261</sup> STS de 3 de febrero de 2009.

<sup>1262</sup> STS 1497/2002, de 23 septiembre. "la doctrina define resolución injusta como aquella que no entra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. La resolución no es defendible en Derecho ni se puede llegar a ella por los métodos de interpretación de las normas admitidos".



En lo concerniente al elemento subjetivo del tipo, es necesario que el autor actúe a propósito de la injusticia de la resolución. Al respecto, y siguiendo la jurisprudencia del TS sobre la interpretación de la expresión “a sabiendas”, ha de entenderse como “ser consciente” de estar dictando una resolución contraria a Derecho<sup>1263</sup>, lo que nos conduce a la exigencia de dolo para la constitución de lo “injusto” de la prevaricación<sup>1264</sup>. No obstante, el TS ha excluido el dolo eventual<sup>1265</sup>.

Como decíamos, el funcionario público -el Juez, en nuestro caso- debe haber dictado la resolución, premeditadamente y con consciencia plena de su injusticia<sup>1266</sup>, lo que permite a un importante sector de la doctrina excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad tenga dudas razonables sobre la injusticia de su resolución.

---

<sup>1263</sup> STS 2338/2001, de 11 de diciembre.

<sup>1264</sup> En este sentido se expresa el TS en su sentencia 806/2004, de 28 de junio.

<sup>1265</sup> STS de 1/1996, de 4 de julio.

<sup>1266</sup> A la vista de la necesidad de dolo en el delito de prevaricación judicial, traemos a colación la STC 172/2016, de 17 de octubre de 2016, en la que el Alto Tribunal declara, en su Fundamento de Hecho 4, último párrafo, que la recurrente “en la demanda de amparo se justifica la especial trascendencia constitucional de recurso en la manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional por parte de los dos Tribunales que han dictado las resoluciones objeto de impugnación. La demanda concreta para cada uno de los motivos la indicada justificación”. Lo que nos muestra una premeditación -no un desconocimiento-, a actuar conforme a Derecho, decretando una resolución “injusta” a sabiendas, desobedeciendo la exigencia de obligado cumplimiento de la doctrina del TC. En este sentido añadía y recordaba el TC en su FJ 10, que el derecho positivo redactado del tipo delictivo de prevaricación dolosa, respecto del artículo 446.3 CP indica que “el Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta”.  
Por su parte, el delito de prevaricación imprudente -artículo 447 CP-, establece que “el Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”

En este sentido, coincide la jurisprudencia del TC y del TS cuando señalan que el elemento subjetivo del tipo ha de extraerse de los datos objetivos<sup>1267</sup> que constan en las actuaciones<sup>1268</sup>.

En cuanto al concurso de delitos, tengamos en cuenta que el delito de prevaricación judicial puede entrar en juego con el delito de detención ilegal cometida por funcionario público<sup>1269</sup>.

Dicho lo cual, nos detendremos a continuación en lo que concierne a la calificación de la resolución judicial como “injusta” y, tras ello, su contraposición con el término “irrazonable”.

Distinguía RAMOS TAPIA tres teorías<sup>1270</sup> para la delimitación e interpretación de la resolución injusta; la subjetiva, la objetiva -estricta y amplia-, y la teoría intermedia (o también denominada teoría de los deberes) para determinar cómo habría de interpretarse el elemento objetivo de resolución injusta.

Por un lado, la teoría subjetiva es aquella que considera la injusticia como una contradicción entre la convicción externa del juez -que sería el contenido mismo de la resolución- y su convicción interna -lo que realmente entiende o considera justo-<sup>1271</sup>.

---

<sup>1267</sup> Como bien exponen las SSTs: 152/2015, de 24 de febrero; y 797/2015, 24 de noviembre, llegado el caso de una firma de resolución que objetivamente pueda parecer arbitraria, esto, en sí mismo, no determina en absoluto la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, la evidente conciencia de la ilegalidad o, de la arbitrariedad que se ha cometido.

<sup>1268</sup> De éste modo se pronuncia el TC en su sentencia 229/2003, de 18 de diciembre y el TS en la sentencia 2/1999, de 15 de octubre.

<sup>1269</sup> Como ya señaló el TS en su sentencia 1/1996, de 4 de julio.

<sup>1270</sup> Así, RAMOS TAPIA, M. I.: El delito de prevaricación judicial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 252 y 253.

<sup>1271</sup> En igual sentido, RAMOS TAPIA, M. I.: El delito..., op. cit., página 276.

Por otro, la teoría objetiva.

Siendo estricta, la que sostiene que se habrá dictado una resolución injusta cuando la misma sea radicalmente contraria al Derecho que deba ser aplicable al supuesto de hecho en cuestión. Para ello deberá comprobarse cuál es el resultado que debía esperarse de la norma y cuál es el finalmente alcanzado por el juez<sup>1272</sup>.

Y, resultando amplia<sup>1273</sup>, cuando considera que la injusticia de la resolución sobrevendrá por falta de racionalidad de la decisión del juez. Se admite que la aplicación del Derecho incorpora cierta capacidad de creación, de modo que la contrariedad objetiva del Derecho, plasmada en la resolución, deberá ser medida en términos de racionalidad, adoptándose el criterio de la verdadera posibilidad de defensa teórica.

Y, finalmente, la teoría de los deberes, coincidente con la teoría objetiva estricta y amplia, en que se considera la injusticia como aquella contrariedad absoluta con el ordenamiento jurídico, si bien se acepta que detrás de cada resolución existe un componente de decisión por parte del juez. Siendo esta la que se acerca más a nuestros postulados.

Llegados a este punto, resulta necesario acentuar que no debería ser confundido el elemento objetivo del delito con la coincidencia del dolo o de la culpa en la acción ejecutada por el sujeto activo, dado que ello pertenece al tipo subjetivo. El TS<sup>1274</sup> insiste en que la resolución debe

---

<sup>1272</sup> FERRER BARQUERO, R.: El delito de prevaricación judicial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 100.

<sup>1273</sup> Asimismo, ORTS BERENGUER, E.: Delitos contra la Administración de Justicia, en Derecho Penal. Parte Especial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, página 680.

<sup>1274</sup> STS 414/2012, de 9 de febrero de 2012, o también, la STS 571/2012, de 29 de junio de 2012. Por su parte también la STS 2/1999, ya señaló que el apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho, tal como disponen los arts. 117.1 y 103.1 CE "(...) será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del

carecer de toda posible y razonable explicación, siendo de tal forma totalmente contraria al ordenamiento jurídico.

Coincidimos con BERENGUER GARCÍA, cuando afirma que el verdadero núcleo del tipo objetivo —tanto para las modalidades dolosa y culposa— es la irrazonabilidad de la resolución que contenga relevancia penal, debiendo ser nítida para tener la posibilidad de distinguirla de otros tipos de resoluciones sin relevancia penal, que pudiesen ser calificadas como razonables, aunque pudieran ser consideradas erróneas. Y añade dicho autor que “de este modo, la injusticia de una resolución habrá de ser apreciada desde el análisis de la razonabilidad de la misma, de modo que carece de sentido que en nuestro Código Penal se emplee la expresión resolución injusta, o resolución manifiestamente injusta, cuando, indistintamente de la modalidad —dolosa o culposa—, el verdadero foco de atención de los Tribunales recae, en último término, sobre si ésta es razonable, o no lo es”<sup>1275</sup>.

Por su parte, cuando el TS determina, en su doctrina jurisprudencial<sup>1276</sup>, el elemento objetivo de la “resolución injusta” -en la

---

derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho».

<sup>1275</sup> BERENGUER PASCUAL, S.: La irrazonabilidad como injusticia en el delito de prevaricación judicial, a propósito de la STS 585/2017 de 20 de julio de 2017, UNED Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, número 18 -julio- Madrid, 2017, página 381

<sup>1276</sup> En concreto, nos referimos a la sentencia del TS n.º 2/1999, de 15 de octubre de 1999, en la que se dispone que, “por todo lo expuesto, la Sala reitera el carácter objetivo de la injusticia señalando, además, que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de “manifiestamente contraria a la ley”, “flagrante y clamorosa”, “grosera”, “llamativa”, etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio

modalidad dolosa de la prevaricación judicial penal-, muestra que ésta ha de ser “manifiestamente contraria a la ley”, utilizando el TS determinados adjetivos calificativos, entre ellos, “grosera”, “clamorosa” o “flagrante”.

En cuanto a la utilización del adjetivo “manifiesto”, consideramos que se trata de un error generalizado, aunque sea con la intención de destacar con ello la diferencia existente entre la injusticia del tipo penal objetivo y las circunstancias culposa y dolosa. Consideramos una puerta abierta a la confusión la utilización conjunta -como si del nombre y apellido se tratase- de los términos “manifiesta” e “injusta”.

En no pocas ocasiones, el escaso acierto y distinción entre determinados adjetivos, acarrea un gran número de conflictos en la práctica procesal y judicial, creando confusión e inseguridad jurídica. Si bien, debemos aceptar el hecho de que el jurista trabaja, utiliza y amasa la “palabra”, con todo lo que ello conlleva<sup>1277</sup>.

Es decir, lo que estamos tratando de argumentar es que la auténtica esencia del tipo objetivo del tipo penal —en ambas modalidades: dolosa y culposa— es la “irracionalidad”<sup>1278</sup> de la resolución -con significación penal-, la cual tendrá que ser evidente para poder diferenciarla de otros tipos de resoluciones que puedan ser consideradas razonables -y, por tanto, sin relevancia penal-, aunque pudieran ser erróneas. Recordemos la importancia del fondo y del contenido de las distintas resoluciones.

---

del derecho”. De ello difiere la STJC Castilla-La Mancha (Albacete) n.º 3/2016, de 23 de mayo de 2016.

<sup>1277</sup> Qué sería el Derecho sin el uso -y en ocasiones, el abuso- de la palabra.

<sup>1278</sup> En nuestra opinión, debemos entender por “irracionalidad” toda ausencia de respaldo en los métodos interpretativos, siguiendo lo señalado por el Auto TS, de 23 julio de 2002. Archivo de la causa por prevaricación contra tres magistrados de la AN.

De esta manera, la injusticia de una resolución judicial habrá de ser valorada desde el examen de la razonabilidad de la misma, de tal modo que carece de sentido que en nuestro CP se emplee la expresión “resolución injusta” o, “manifiestamente injusta” cuando, independientemente de la modalidad dolosa o culpable, al final donde verdaderamente se concentra el examen de los Jueces y Tribunales es sobre si la resolución ha sido razonable o no.

Veamos, por tanto, la irracionalidad de las resoluciones judiciales.

Ya advirtió el TS que el Derecho no es una ciencia exacta<sup>1279</sup>. Sobre ello RAMOS TAPIA afirma que “la función interpretativa del Juez, tanto del ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia que resultan aplicables a cada supuesto de hechos concreto, no es mecánica”<sup>1280</sup>. Por nuestra parte, diremos que no toda falta de acierto judicial implica una resolución injusta; en consecuencia, éste no puede identificarse con clase alguna de ilegalidad.

Así, como venimos exponiendo, concedemos similitud a los términos de “injusto” e “irrazonable”. Cuando nos estamos refiriendo a la prevaricación judicial penal, entendemos que todo lo que es irrazonable, también es injusto. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando es al contrario, no todo lo razonable implica que es justo, puesto que podrían dictarse resoluciones razonables<sup>1281</sup> que podrían haber infringido la legalidad. Y, en consecuencia, serían razonables pero injustas -ilegales-, resultando lógicamente susceptibles de ser impugnadas por la vía de los recursos correspondientes<sup>1282</sup>.

---

<sup>1279</sup> STS 2/1999, de 15 de octubre.

<sup>1280</sup> En estos términos se manifiesta RAMOS TAPIA, M. I.: El delito..., op. cit., página 254.

<sup>1281</sup> Lo que diferencia una resolución incorrecta –razonable- de una resolución injusta - irrazonable-, es que la primera es racional, aunque pueda ser discutible o equivocada, y la segunda es totalmente irracional, inexplicable en modo alguno.

<sup>1282</sup> En este sentido, el TS cuando en su sentencia 992/2013, de 20 de diciembre de 2013, concluye que “en definitiva, se entenderá por resolución injusta, aquella que se aparta

Abogamos por la superación de la actual ordenación de las resoluciones entre injustas y justas, habida cuenta que, en la práctica habitual, la injusticia se asemeja generalmente y de forma desafortunada, a la mera infracción de la ley, como incumplimiento de la legalidad, cuando *de facto* no es siempre de ese modo.

La errónea distinción al cuestionarse si una resolución es justa o injusta, en vez de analizar si la resolución es razonable y en qué grado lo es, opinamos que podría ser la causa de que no prosperen la mayoría de las querellas presentadas como consecuencia de delitos de prevaricación judicial.

Lo que distingue una resolución penal errónea -pero razonable- de una resolución injusta –irrazonable-, es que la resolución penal errónea es racional, aunque pueda discutirse si es, o no, equivocada. Y la resolución injusta es totalmente irracional, inexplicable de manera alguna.

En otras palabras, en nuestra opinión habrían de quedarse fuera de los presupuestos del delito de prevaricación judicial todas las resoluciones que sean consideradas razonables y, por tanto, irrelevantes desde el punto de vista penal.

Así pues, entendemos que la irracionalidad es parte fundamental del elemento objetivo de la injusticia. Sin que ello deba tener relación directa con que dicha decisión judicial sea denominada como resolución objetiva y radicalmente contraria el conjunto normativo –aquí entraría la teoría

---

de todas las opciones jurídicamente defendibles, según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo por ello, exponente de una clara irracionalidad”. En otras palabras, si es irrazonable será injusta e irracional.

objetiva- o, resolución insostenible bajo los parámetros jurídicos de interpretación vigentes –y aquí la teoría de los deberes-.

Pero, ¿cómo llegaríamos a la determinación de la irracionalidad? Podríamos hacerlo a través del análisis de los presupuestos; justificación inaceptable; y afectación a la posición jurídica de una de las partes del proceso. Los cuales son necesarios para considerar que se ha cumplido el elemento objetivo del delito de prevaricación judicial, y consiguientemente, de la resolución injusta y que asemejamos a la expresión de irrazonable.

En primer lugar, nos ocuparemos del presupuesto de la justificación inaceptable en Derecho. Como es conocido, no se exige que los jueces encuentren siempre la respuesta correcta, pero sí que utilicen la mejor argumentación posible. Coincidimos al respecto, con ATIENZA RODRIGUEZ cuando afirma que “una resolución judicial que no pueda ser explicada bajo ninguno de los métodos de interpretación <sup>1283</sup>, será considerada injustificable o inaceptable a los efectos de que concurra el elemento objetivo de la injusticia, entendida ésta como irrazonabilidad”<sup>1284</sup>.

La resolución judicial ha de ser justificada utilizando los criterios racionales, equilibrando los derechos, valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico, y como consecuencia de todo ello, generando una aceptación del conjunto de la comunidad jurídica. En otros términos, la opinión mayoritaria no es siempre, necesariamente, la más razonable, si

---

<sup>1283</sup> Es decir; criterio gramatical, sistemático, histórico, sociológico, y teleológico.

<sup>1284</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, M.: Sobre la única respuesta correcta, en *Jurídicas*, Volumen 6, Núm. 2, junio-diciembre, 2009, páginas 13 y 26. Opinando certeramente que “la democracia no exige la respuesta correcta, sino la mejor justificación posible, esto es, una solución que pueda ser aceptada por la comunidad jurídica; no por la comunidad realmente existente, sino por una comunidad ideal que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular (sus miembros comparten — necesariamente— los mismos valores básicos)”, páginas 14 y 15.



bien en ciertas ocasiones sí lo pueda ser, y sin que ello le quite razonabilidad a la opinión menos secundada.

Consecuentemente, se consideraría cumplido este primer presupuesto si el juez o magistrado, bien de forma aislada, en ocasiones o en su totalidad, recurre a explicaciones absolutamente ilógicas; establece antecedentes inválidos o insostenibles; o, con su argumentación no logra mostrar que su fallo es admisible dentro del contexto en el que la resolución sea dictada.

Dicho lo cual, y centrándonos de nuevo en la inadmisión liminar de la solicitud de *habeas corpus*, comprobamos que el Juez de Instrucción dicta una resolución decisoria –Auto- en la que, de forma genérica, inadmite su incoación y declara al mismo tiempo la inexistencia de la detención ilegal, entrando con ello en la cuestión de fondo, materia que solo podría resolverse tras la celebración del procedimiento. Produciéndose con ello una actuación jurídicamente –dictar una resolución- ilógica e irracional y, por ende, injusta, privando, al mismo tiempo, del derecho a la tutela judicial efectiva -artículo 24 CE- al detenido.

Y, en lo concerniente a la infracción de la jurisprudencia, como vía para la comisión del delito de prevaricación judicial, es revelador resaltar que, a tenor de lo previsto en el artículo 1.6 CC, la jurisprudencia despliega una función complementaria de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque formalmente representa una fuente indirecta del Derecho, en la práctica, su importancia es enorme puesto que un gran número de casos se solventan en atención y respeto a la reiterada jurisprudencia.

Pero, es más, en ocasiones las fuentes normativas primarias que manejan los profesionales del Derecho son las que vienen con las adiciones e interpretaciones incorporadas al texto legal por los Tribunales superiores. En consecuencia, la jurisprudencia posee un efecto persuasivo

que se plasma y constata en la práctica. La jurisprudencia citada por parte de los actores en el ejercicio de la justicia, destila un cierto argumento de autoridad. Que, sin embargo, no es independiente ni autónoma de los métodos de interpretación previstos en el artículo 3 CC, sino que más bien descansa en la utilización de tales criterios interpretativos.

De ahí que apartarse de la postura jurisprudencial no implica *per se*, la adopción de una decisión judicial en contra de toda razonabilidad. Lo cual resulta de suma importancia si se tiene en cuenta el principio de independencia judicial previsto en el artículo 117.1 CE.

En resumidas cuentas, el criterio dispar con el órgano jurisdiccional superior situaría fuera del ámbito de aplicación del tipo penal de la prevaricación judicial siempre y cuando la misma se realice desde el discurso de la racionalidad, y se llegue a una solución jurídica razonable o aceptable.

En cualquier caso, esto último no resulta aplicable al supuesto concreto que nos ocupa, es decir, al respecto de la inadmisión liminar del procedimiento de *habeas corpus*, dado que, como es sabido, la jurisprudencia emanada del TC sí exige su estricto cumplimiento<sup>1285</sup>. Las resoluciones dictadas en recursos de amparo, vinculan a todos los Jueces

---

<sup>1285</sup> STC 136/2018, de 13 de diciembre Fundamento Jurídico 4 “(...) recordar que, de acuerdo con su LOTC, le corresponde velar por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones (artículo 92.1 LOTC), y que, en caso de advertir que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, (el TC) de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento”.

y Tribunales. De ese modo se encuentra dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ<sup>1286</sup>.

Y, en lo concerniente al segundo presupuesto que referíamos *supra*, es decir, la afectación a la posición jurídica de una de las partes del proceso. Este postulado no presume que deba requerirse la constatación *ex post* de una lesión en cuanto a los distintos intereses subjetivos de las partes. Lo que verdaderamente implica es que la acción de decretar una resolución, debe ser perniciosa en sí misma para la posición jurídica de alguna de las partes en el procedimiento, aunque la misma no suponga ulteriormente una lesión efectiva y real.

En realidad, lo que exige es que el juez plasme su actuación, en forma de resolución, infringiendo con ello su obligación de vínculo con el ordenamiento jurídico, y que dicha decisión afecte potencialmente a la posición jurídica o a los derechos fundamentales de alguna de las partes.

La afectación grave e injustificada a un derecho fundamental, será bastante para el cumplimiento de los requisitos exigidos para el delito de prevaricación judicial<sup>1287</sup>. En nuestro supuesto de hecho, nos encontramos

---

<sup>1286</sup> Artículo 5.1 LOPJ “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”

<sup>1287</sup> De ese modo se desprende de la STS 79/2012, de 9 de febrero de 2012, en la que el derecho de defensa fue, de modo inadmisiblemente obstaculizado, al suprimir la reserva de las comunicaciones realizadas entre el detenido provisionalmente y su abogado, sin que existiese indicio de criminalidad contra estos últimos, ello sustentado únicamente en el argumento de la gravedad del hecho delictivo imputado al investigado. Así se señala en el Fundamento Jurídico 12 “la resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable”.

con la violación del derecho fundamental a la libertad personal y de la garantía constitucional del *habeas corpus*.

Como estamos viendo, este segundo presupuesto se admite en atención a su capacidad lesiva, lo que presume que ha de realizarse un análisis *ex ante* de la trascendencia de la actuación realizada por el juez

No podemos olvidar que la prevaricación judicial es un delito cometido por expertos en Derecho y, precisamente por este motivo, los instrumentos necesarios para detectar y denunciar la irrazonabilidad de una resolución judicial, deberían ir de la mano de la disciplina que estudia la argumentación jurídica.

Acto seguido, nos ocuparemos de la trascendencia que tiene la motivación en las resoluciones judiciales.

Sobre ello, BERENGUER PASCUAL sostiene que “la amplitud o extensión de la motivación de una sentencia, no tiene relación directa con el hecho de que tal resolución haya sido razonable”<sup>1288</sup>. No podemos estar más de acuerdo.

Coincidimos con este autor al considerar que la clave del delito de prevaricación judicial penal no estriba en decretar una resolución judicial con una fundamentación escasa e insuficiente, al igual que la irrazonabilidad de una resolución no queda descartada con una motivación más o menos extensa. A estos efectos, poca importancia tiene el número de folios de una sentencia.

---

<sup>1288</sup> BERENGUER PASCUAL, S.: Irrazonabilidad como injusticia en el delito de prevaricación judicial, A propósito de la STS número 585/2017, de 20 de julio de 2017, Revista de Derecho penal y criminología, 3ª Época, número 18 (julio de 2017), páginas 371 a 396.

Tras lo expuesto, vemos que, más allá del antagonismo entre lo que es justo y lo injusto -con independencia de que la resolución judicial lo sea de forma manifiesta o no-, sería muy conveniente que se sustituyese el vocablo “injusto” por el término “irrazonable”.

El debate jurídico habría de centrarse exclusivamente en torno a la argumentación jurídica. La prevaricación judicial penal es delito cometido por juristas, y, por ello, la irrazonabilidad de una resolución judicial penal ha de provenir del análisis y examen de su argumentación jurídica.

Tras todo lo anterior, analizaremos si se dan todos los condicionamientos necesarios para que la inadmisión liminar del procedimiento de HC -que cumpla con los presupuestos exigidos para su presentación-, pueda ser considerada como un supuesto de comisión del tipo penal de prevaricación judicial penal del artículo 446.3 CP.

Para ello, como anunciábamos, nos serviremos como hilo conductor, de la STC 72/2019, de 20 de mayo de 2019, utilizando sus fundamentos de hecho, los hechos probados y la argumentación jurídica del Alto Tribunal. Trataremos de determinar si de *facto* podrían verse cumplidos los presupuestos necesarios para la querrela por comisión del delito de prevaricación judicial, cometido por parte Juez al que le correspondió la incoación del procedimiento de *habeas corpus*.

### **2.3.3.- Incumplimiento de la jurisprudencia del TC**

A continuación, siguiendo los hechos probados, Fundamentos Jurídicos y Fallo de la referida STC 72/2019, veamos los requisitos exigidos respecto de la ilegalidad de la detención; de la incoación del procedimiento de *habeas corpus*; de la interposición del incidente de nulidad; y, por último, de la demanda de amparo ante el TC. Así como del incumplimiento, por parte del Juzgado de Instrucción, de la doctrina jurisprudencial del TC.

- Existencia de una privación de libertad personal o detención preventiva:

“el demandante de amparo fue detenido sobre las 15:55 horas del día 15 de febrero de 2018 por funcionarios del Cuerpo de la Policía Local de Ourense, siendo presentado en calidad de detenido a las 16:09 horas en la Comisaría de la Policía Nacional de Ourense”<sup>1289</sup>.

- Solicitud de HC, alegando los motivos de su interposición:

“el demandante, mediante impreso oficial facilitado en la Comisaría, presentó a las 19:29 horas del mismo día 15 de febrero de 2018, solicitud de *habeas corpus* en la citada Comisaria, haciendo constar como motivos diligencias policiales terminadas y pide inmediata disposición judicial por detención innecesariamente prolongada”<sup>1290</sup>.

- Inadmisión liminar de la incoación del procedimiento de HC:

“el juzgado de Instrucción número 1 de Ourense, mediante auto de 15 de febrero de 2018, acordó denegar la incoación del procedimiento de HC, argumentando que el caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del artículo 1 LOHC”<sup>1291</sup>.

- Presentación del escrito de instancia de incidente de nulidad de actuaciones, por la vulneración de los siguientes artículos: 17.2

---

<sup>1289</sup> STC 72/2019, Antecedente 2. a).

<sup>1290</sup> Ibídem, Antecedente 2. a).

<sup>1291</sup> Ibídem, Antecedente 2. a), último párrafo.

CE -duración superior a la necesaria para el esclarecimiento de los hechos- y 17.4 y 24. 1 CE -por inadmisión a *limine* del procedimiento HC por motivos de fondo-:

“exponiendo que la desestimación del incidente de nulidad supondría la negativa del órgano judicial al deber de acatamiento de la doctrina Constitucional, entre otras: SSTC 3003/2006, 165/2007, 88/2011, 42/2015 o 204/2015”<sup>1292</sup>.

- Desestimación del incidente de nulidad y, por tanto, agotamiento de la vía judicial exigida para el recurso en amparo ante el TC:

“el incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado por auto, de 6 de marzo de 2018, con el argumento de que no se había producido ninguna vulneración del procedimiento legalmente establecido, ya que no es necesario oír al detenido para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus*”<sup>1293</sup>.

- Presentación -y admisión- del recurso de amparo ante el TC:

“la sección Tercera de éste Tribunal, por providencia de 28 enero de 2019, acordó admitir el presente recurso a trámite apreciando que concurre especial transcendencia constitucional en el artículo 50.1 LOTC, como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la jurisprudencia constitucional STC 155/2009, Fundamento Jurídico 2 f)”<sup>1294</sup>.

---

<sup>1292</sup> STC 72/2019, Antecedente 2. b).

<sup>1293</sup> *Ibídem*, último párrafo.

<sup>1294</sup> *Ibídem*, Antecedente 4.

- Sentencia del TC estimatoria del recurso de amparo:

Fallo de dicha sentencia en el que “se dispone estimar el amparo, declarando que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante a la libertad personal -artículo 17.1 y 17.4 CE”<sup>1295</sup>.

Dicho lo cual, en esta línea de falta de seguimiento de la doctrina constitucional y, a mayor abundamiento, el Alto Tribunal declara que “el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentando, es motivo de muy alta preocupación para el TC”. Y prosigue añadiendo que:

“el Tribunal (TC) ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de HC. Ha declarado que aun cuando la LOHC posibilita denegar la incoación de un procedimiento de HC, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de HC son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC”<sup>1296</sup>.

Es necesario incidir, de nuevo, en el rechazo que muestra el TC ante tal proceder de los Juzgados de Instrucción. Una actuación que el Alto

---

<sup>1295</sup> STC 72/2019, Fallo.

<sup>1296</sup> Ibidem, Fundamento Jurídico 2.



Tribunal viene denunciando desde hace años, véanse, entre otras, las SSTC 88/2011, de 6 de junio; 95/2012, de 7 de mayo; 12/2014, de 27 de enero; 21/2014, de 10 de febrero; 32/2014, de 24 de febrero; y 195/2014, de 1 de diciembre.

En 2015, el TC vuelve a evidenciar la contravención de su jurisprudencia, calificándola de frecuente incumplimiento, así lo expresa en su sentencia 204/15, de 5 de octubre Fundamento Jurídico 3:

“precisamente, el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que, como este Tribunal ha reiterado «es grave y carece de justificación» (STC 42/2015, Fundamento Jurídico 2), es el que ha dotado de especial trascendencia constitucional a recursos de amparo como el que ahora se enjuicia (STC 42/2015, Fundamento Jurídico 2; y las allí citadas)”.

En dicha resolución, el Alto Tribunal vuelve a recordar la imposibilidad de la inadmisión liminar indicando que:

“igualmente se ha estimado que la mera referencia a que «no se dan ninguno de los supuestos del artículo 1 de la Ley de *habeas corpus*, como causa de justificación de la inadmisión a trámite de la petición formulada, no permite conocer la razón determinante de la denegación, por lo que una resolución judicial en estos términos, genérica y estereotipada, no ofrece la motivación mínima que es constitucionalmente exigible (STC 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 9)”.

Sin embargo, años después, en su sentencia 72/2019, de 20 de mayo, continúa el TC mostrando su queja al respecto. Aunque en esta ocasión, nos atreveríamos a decir que lo hace de una forma especialmente contundente, como lo demuestran los extractos de los Fundamentos Jurídicos que mostramos a continuación:

“se hace necesario reiterar una vez más que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad (...). Los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes (...) conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”<sup>1297</sup>.

Y añade:

**“no resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones<sup>1298</sup> dictadas por este Tribunal sobre esta cuestión, la**

---

<sup>1297</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2, párrafo tercero.

<sup>1298</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2, párrafo tercero, en el que señala que: “esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca, entre otras: SSTC 21/1996, de 12 de febrero, Fundamento Jurídico 7; 66/1996, de 16 de abril, Fundamento Jurídico 6; 86/1996, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 11; 224/1998, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 174/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 5; 232/1999, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 179/2000, de 26 de junio, Fundamento Jurídico 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 5; 233/2000, de 2 de octubre, Fundamento Jurídico 5; 263/2000, de 30 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 287/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 4; 288/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 6; 24/2002, de 25 de noviembre, Fundamento Jurídico 5; 94/2003, de 19 de mayo, Fundamento Jurídico 3; 23/2004, de 23 de febrero, Fundamento Jurídico 5; 122/2004, de 12 de julio, Fundamento Jurídico 3; 37/2005, de 28 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 29/2006, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 3; 46/2006, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 93/2006, de 27 de marzo, Fundamento Jurídico 3; 169/2006, de 5 de junio, Fundamento Jurídico 2; 165/2007, de 2 de julio, Fundamento Jurídico 4; 35/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 37/2008, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 3; 147/2008, de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 2; 172/2008, de 18 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 88/2011, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4; 95/2012, de 7 de mayo, Fundamento Jurídico 4; 12/2014, de 27 de enero, Fundamento Jurídico 3; 21/2014, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 32/2014, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 2; 195/2014, de 1 de diciembre, Fundamento Jurídico 3; 42/2015, de 2 de marzo, Fundamento Jurídico 2, y 204/2015, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico 2).

**jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional**<sup>1299</sup>.

Así, tras valorar los hechos -que han sido declarados probados por el propio TC-, veamos si se cumplen los presupuestos del delito de prevaricación judicial penal -artículo 446.3 CP, el cual dispone que lo cometerá el juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta.

Sobre ello se ha ocupado el TS, destacando sobremanera su sentencia 79/2012, de 9 de febrero, hasta el extremo que el propio TS remite a ella en sus resoluciones posteriores relacionadas<sup>1300</sup> con el tipo de la prevaricación judicial que nos ocupa.

Comprobamos, por tanto, que el Tribunal Supremo se centra en la “esencia” de la prevaricación, así como en los casos en que se integrará el tipo.

---

<sup>1299</sup> STC 72/2019, de 20 mayo de 2019, Fundamento Jurídico 2, párrafo cuarto.

<sup>1300</sup> Sirva como ejemplo que en la STS 992/2013, de 20 de diciembre, Fundamento Jurídico 1, señalando que “en la conocida Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, “(...) hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con detallada exposición de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber”.

### 2.3.4.- Revisión de los presupuestos del delito de prevaricación

De modo que, utilizando de nuevo, como supuesto de hecho de referencia la STC 72/2019, recorramos el artículo 446. 3 CP -Juez; a sabiendas; dictare resolución; injusta- y los presupuestos establecidos por la referida STS 79/2012, y comprobemos si resultan cumplidos por el proceder del Juez de Instrucción que liminarmente inadmite la incoación de un procedimiento de HC, dando lugar a la posible comisión del delito de prevaricación judicial.

Juez o Magistrado:

“el Juzgado de Instrucción número 1 de Ourense, mediante auto (...) acordó denegar la incoación del procedimiento (...)”<sup>1301</sup>.

A sabiendas:

Previamente, aludiremos a que el Juzgado “acordó denegar la incoación argumentando que el caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del art 1 LOHC”<sup>1302</sup>. Al respecto, comprobamos que el TC señala que “fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento”<sup>1303</sup>.

---

<sup>1301</sup> STC 72/2019, Antecedente 2. a).

<sup>1302</sup> *Ibíd.*

<sup>1303</sup> *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 2. Y, en el mismo párrafo, añade el TC que “los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta de presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC”.

Pero, ¿se cumple el elemento subjetivo, exigido por el TS? es decir, conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad <sup>1304</sup> . Nuestra respuesta es afirmativa, y ello, esencialmente, en atención a tres puntos.

En primer lugar, el Juez no podría alegar simple ignorancia, puesto que la recurrente -en el escrito de interposición del incidente de nulidad- transcribió la jurisprudencia constitucional que impide dicha inadmisión liminar -por todas STC 204/2015-<sup>1305</sup>.

En segundo lugar, porque la recurrente alegó en el referido incidente de nulidad que su desestimación supondría una negativa del órgano judicial al deber de acatamiento de la doctrina constitucional<sup>1306</sup>. Advierte el TC, sobre ello, que los órganos judiciales “tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales,

---

<sup>1304</sup> En referencia al elemento subjetivo, en la STS 79/2012, Fundamento Jurídico 6-. punto 1, el Alto Tribunal dispone que “en cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión “a sabiendas”, no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por “...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica – *iura novit curia*– (STS nº 2338/2001)”.

<sup>1305</sup> STC 72/2019, Fundamento Jurídico 2, último párrafo.

<sup>1306</sup> Aun así, “el órgano judicial nuevamente (...) desestimó el incidente insistiendo en que no se había producido ninguna vulneración del procedimiento legalmente establecido, ya que no es necesario oír al detenido para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus*”. STC 72/2012, Fundamento Jurídico 3. Es decir, el Juez perseveró en su postura inicial.

conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos -artículo 5.1 LOPJ-<sup>1307</sup>. Por consiguiente, no podía aducir inexistencia de vinculación. Sin olvidar que también resultaría difícil recurrir a la alegación de negligencia, impericia o imprudencia.

Y, en último lugar, aún en el supuesto de que el recurrente -o el Ministerio Fiscal- hubiesen obviado la jurisprudencia del TC, el principio *iura novit curia*<sup>1308</sup>, faculta y obliga a Jueces y Magistrados. Como decíamos en páginas anteriores, el delito de prevaricación judicial, es cometido por peritos jurídicos, por tanto, es difícil cualquier justificación amparada en ignorancia o desconocimiento. Los Jueces y Magistrados son concedores del deber de acatamiento de la doctrina constitucional. En definitiva, entendemos que podría considerarse cumplido el elemento subjetivo<sup>1309</sup>.

Dictare resolución<sup>1310</sup>:

---

<sup>1307</sup> STS 79/2012, Fundamento Jurídico 2, párrafo tercero.

<sup>1308</sup> Dispone el TS en la sentencia de 16 de junio de 2015 (rec. 3739/2013) que “el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador solo esté vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia imprescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso”.

<sup>1309</sup> Sobre ello, apunta la STS 79/2012, Fundamento Jurídico 2 que, “el elemento subjetivo, (...) se refiere al conocimiento de esos elementos del tipo objetivo. Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley”.

<sup>1310</sup> Dispone la STS 79/2012, Fundamento Jurídico 14, punto 2. que “la prevaricación es un delito de resultado de lesión en el bien jurídico protegido, pero no de resultado

“el Juzgado de Instrucción número 1 de Ourense, mediante auto (...) acordó denegar...”<sup>1311</sup>. Obviamente estamos ante una resolución decisoria.

Injusta:

Aspecto que ya hemos abordado, no obstante, sobre ello tengamos presente la postura del TC cuando señala que “la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho”<sup>1312</sup>.

Siguiendo con el término utilizado por el TC, entendemos que existe una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma a aplicar en el caso. Es decir, estamos ante una resolución irrazonable, puesto que no existe razón alguna, jurídica o legal, que respalde un incumplimiento de la doctrina del TC.

Recapitulando, y tras concretar lo anteriormente analizado, podemos resumirlo en las siguientes palabras: un juez -de Instrucción-; que a

---

material. Se consuma con el dictado de una resolución que reúna las condiciones formales para ser ejecutada, pero no requiere su ejecución efectiva. Los resultados posteriores podrán dar lugar a valorar la comisión de otro delito. Esta consideración viene apoyada por la previsión del artículo 446.1 según la cual, en caso de ejecución se castiga con más pena, que, sin embargo, por su naturaleza, no cubriría la antijuricidad de algunos actos constitutivos de otros delitos más graves, como podría ocurrir, por ejemplo, en caso de detención ilegal. En la STS nº 842/2006, se mantuvo la condena por prevaricación y detención ilegal en concurso medial”.

<sup>1311</sup> STC 72/2019, Antecedente 2. a).

<sup>1312</sup> STS 79/2012, Fundamento Jurídico 2.

sabiendas –con voluntad y conocimiento de su proceder desobedece la doctrina del TC -; dicta resolución -auto de inadmisión liminar, es decir, resolución decisoria-; injusta “irrazonable” -vulnerando el derecho a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva<sup>1313</sup>-. Y con ello, comete el delito del artículo 446 CP.

---

<sup>1313</sup> El Fallo de la STC 72/2019 dispone que “en atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el amparo solicitado por (...) y, en su virtud: 1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la libertad personal (artículo 17.1 y 4 CE). 2º Restablecerle en la integridad de su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de los autos del Juzgado de Instrucción (...) pronunciados en el procedimiento de *habeas corpus* núm. 215 a 2018.



## CONCLUSIONES

PRIMERA. Que la libertad personal, en un sentido extenso, puede definirse como la soberanía moral que reside en la capacidad de elegir, a través del razonamiento, entre diferentes medios y fines para establecer así los modos de vida o cursos de acción, las relaciones interpersonales y las organizaciones sociales que constituyen las culturas y la historia.

SEGUNDA. Por lo que respecta a los distintos grados de la privación de libertad personal, como hemos visto, el TC en su sentencia 98/86, declaró la inexistencia de espacios intermedios entre la libertad y detención. Posición que modificó definitivamente la STC 341/93, señalando que la identificación *in situ* –restricción de la libertad personal- no podrá considerarse detención cuando reúna una serie de requisitos legalmente establecido. Ello en línea con la posición del TEDH. Es decir, no cabe duda alguna en considerar legales las injerencias, restricciones o privaciones de libertad personal establecidas por la ley y que reúnan los presupuestos exigidos. De ese modo, a nuestro parecer quedar desacreditada esa dicotomía antagónica existente entre “o libre, o detenido”.

TERCERA. En cuanto al plazo máximo de duración de la detención, el artículo 496 LECR dispone un período límite de veinticuatro horas, circunstancia que como antinomia legal con el artículo 17 CE, suele pasar desapercibida. Opinamos que ha de considerarse tácitamente derogado por la Constitución Española. Sin embargo, no encontramos razón alguna para que no haya sido suprimido expresamente, evitando con ello la alegación de un artículo vigente que provoca una discordancia con el artículo 17 CE. El derecho positivo ha de estar para evitar conflictos interpretativos, no para facilitar su producción.

CUARTA. Por lo que respecta a las causas de detención, teniendo en cuenta, entre otros, esencialmente los artículos 16 LOPSC, 490 y 492

LECR, observamos que se requiere una causa probable o una sospecha razonable para que pueda practicarse la detención. Por ello, el uso de las expresiones como; “sospecha razonable”; “motivos racionalmente bastantes”; o “indicios suficientes” que, a nuestro entender, tienen un significado similar. Admitimos que, en la creación del derecho positivo, resulta inevitable cierto uso de términos parecidos, sin embargo, es necesario que dichas expresiones sean más específicas, a lo que habría de sumarse una jurisprudencia que ayudase, en términos generales, a una definición más concreta y conceptual de tales locuciones. No obstante, lo anterior nos posiciona en ocasiones ante una delgada línea que delimita lo subjetivo de lo objetivo. Circunstancia de difícil solución general.

En suma, la detención preventiva habrá de fundamentarse necesariamente en la existencia de indicios acreditados y significativos, apoyados en datos objetivos, con base real y accesibles a terceros.

QUINTA. En relación con los derechos del sujeto durante la privación de libertad, el TC ya distinguió entre dos tipos de detención.

Por una parte, la retención (con traslado), considerándola como una privación de libertad, es decir, una detención estrictamente material, relacionada con las labores administrativas de preservación de una plena seguridad ciudadana, imprescindible a todos los efectos, debida por el Estado, obligación del Gobierno, y garantizada a través de las FCSE. Retención que no constituye una verdadera detención y, por lo tanto, a la que no es aplicable lo establecido en el artículo 17.3 CE.

Y, por otra parte, la detención preventiva como consecuencia de la comisión de un delito, a la que le corresponden todos los derechos y garantías de dicho precepto. La importancia de la adecuada valoración de esta cuestión es que, la correcta distinción entre una figura y otra, no

constituye un mero ejercicio teórico, sino que conlleva importantes consecuencias de índole práctico.

SEXTA. En torno a la defensa jurídica del detenido. El sentido común aconseja que la comunicación con el letrado se produzca desde el primer instante de su detención. Sin embargo, en la práctica diaria es frecuente el transcurso de horas entre la detención y la presencia del abogado, lo que sitúa al sujeto privado de libertad en una posición de cierta indefensión por la falta del correspondiente asesoramiento legal. Los agentes instructores suelen excusarse con el argumento de que durante ése período de tiempo no se han llevado a cabo diligencias de investigación que exijan la presencia letrada. Pero tengamos en cuenta que la propia detención es utilizada como arma coactiva para la intimidación del sujeto, y ello vulnera los derechos a la defensa y a la libertad personal.

Es decir, a nuestro juicio, la presencia del abogado junto al detenido, representa mucho más que su posible defensa jurídica, es una parte fundamental que garantiza el respeto de los derechos del detenido, así como el cumplimiento de la legalidad.

SÉPTIMA. En lo que concierne a la información de las causas y motivos de la detención, ésta debe ser realizada con una antelación suficiente que permita un mínimo estudio o análisis que facilite la práctica efectiva del derecho a la defensa del detenido, bien por éste o por su abogado. El TC relaciona de una forma directa el derecho a la libertad individual con el derecho del detenido a la asistencia de abogado, por lo tanto, considera que el quebrantamiento de éste último, implica la vulneración del anterior.

Lo verdaderamente trascendente, es que el sujeto sea consciente de que se encuentra con la condición de detenido y el por qué lo está, de tal manera que pueda relacionar su *status* con los derechos que ello le proporciona.

Sobre el contenido de la información en cuanto a las razones de la detención, el TC reconoce a los detenidos el derecho a ser informados “del procedimiento” que pueden seguir para recurrir su detención y el derecho “de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención”. Sin embargo, la calificación de qué es “esencial” queda en manos del agente. Lo fundamental para la investigación podría ser también determinante para la impugnación de la detención. Por ello, consideramos que ya en la actualidad constituye un foco de conflictos entre la defensa del detenido y las diligencias de investigación de la policía judicial.

OCTAVA. Por lo que respecta a la renuncia voluntaria a la asistencia letrada que recoge la norma, como hemos visto, para ello será necesario que la información que se facilite al detenido, sea “clara” y “suficiente”, en un lenguaje “sencillo” y “comprensible” sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. Es precisamente en estos términos en los que centramos nuestras críticas. Ello porque consideramos que al respecto no se han resuelto ciertas interrogantes:

Cuando dice “información clara y suficiente”, no se concreta quién y cómo determinará esa claridad, se supone que el agente instructor. En el caso de discrepancias en cuanto a la claridad de las palabras (agente que considera haberse expresado claramente y detenido que alega no entenderlo suficientemente, qué sistema de interpretación de palabras se utilizará para la averiguación de su sentido. ¿Tal vez el sistema interpretativo establecido para los testamentos? Cuando se habla de “suficiente”, nos preguntarnos: ¿en qué sentido? ¿para quién? Para el que recibe la información o para el que la proporciona, ¿para qué? Para poder renunciar a sus derechos o para poder exigirlos.

Al señalar “un lenguaje sencillo”, no queda claro si se está pensando, en no utilizar términos técnicos o en la capacidad de una persona en general. Consideramos que sería oportuno tener en cuenta la capacidad de comprensión del sujeto respecto de determinados conceptos. Por ello, nos cuestionamos si al hablar de “comprensible”, se está pensado que el destinatario sea una persona de intelecto medio. Así lo suponemos, pero no lo compartimos.

En suma, no somos partidarios de tales renunciaciones, porque abren la posibilidad a que algunas personas, en esos momentos de nerviosismo y confusión, no sean conscientes de la trascendencia y de las consecuencias jurídicas que esa renuncia implica.

Y siguiendo con la posibilidad establecida de tomar declaración –con consentimiento del detenido- sin asistencia letrada. No somos partidarios de ella. La declaración en sede policial podría producirse estando el detenido bajo la influencia de un “temor reverencial” o miedo insuperable, que, según la doctrina, cursa: sobrecogiendo el espíritu; nublando la inteligencia; y dominando la voluntad. Lo que sitúa al detenido en una posición susceptible de adoptar aptitudes y tomar decisiones que pueden determinar su *status* personal –e incluso patrimonial- posterior. Como ya hemos manifestado, los derechos fundamentales no son disponibles.

NOVENA. En cuanto a la falta de homogeneidad del TS en la aplicación penológica de los artículos 167 y 530 CP, consideramos que el TS en ocasiones trata de huir de la aplicación del artículo 167 CP, apelando para ello al principio de proporcionalidad. El TS, generalmente, aplica los distintos supuestos de la remisión al artículo 163 y del artículo 530 CP, pretendiendo con ello una disminución de la pena, en las detenciones ilegales establecidas por el artículo 167 CP.

Respecto de la remisión que el artículo 167 CP hace al 163 CP. Bajo nuestro punto de vista, en ocasiones el TS actúa tomando en cuenta los elementos dolosos, que proporcionan la aplicación del artículo 167.1 CP, y no sobre las cuestiones de fondo que permiten la aplicación del artículo 163.4 CP. Es decir, el TS cuando lo considera oportuno, trata de evitar la pena de prisión por razones político-criminales, y ello lo realiza en atención a la naturaleza de los hechos y las circunstancias que los rodean, según sea la gravedad de la arbitrariedad en la detención ilegal, o del uso desproporcionado de la violencia con el detenido.

De lo anterior se puede deducir que lo perseguido por éste, es la búsqueda de una rebaja de la pena, y después de ello, la búsqueda de la justificación más adaptable para respaldar su decisión. Dando lugar a la falta de homogeneidad existente en las resoluciones dictadas por el TS.

Por último, entendemos que existe una incorrecta regulación de los preceptos que se ocupan de las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos. De ello se deriva una jurisprudencia que se ampara en la casuística, por lo que ante hechos o supuestos similares utiliza criterios dispares en atención a la gravedad de cada caso, buscando con dicha actuación unas penas ajustadas a la gravedad de cada caso concreto.

El análisis de la jurisprudencia muestra evidentes signos de una necesaria reforma al respecto, más allá de la labor de desarrollo interpretativo que realizan los distintos Tribunales de los que emana la jurisprudencia como informadora del conjunto normativo.

Consideramos que la creación de un tipo atenuado aplicable a los supuestos menos graves del artículo 167.1 CP solucionaría en parte la actual utilización incorrecta de tales preceptos, pero nos tememos que una de las causas que también la provocan son la amplia variedad de

circunstancias que rodean a los supuestos de detención ilegal por agentes de la autoridad.

DÉCIMA. Sobre el procedimiento de *habeas corpus* y en lo concerniente a su legitimación activa, decir que la Ley se olvida de posibilitar a cualquier persona para la interposición de la necesaria demanda. Puesto que sostenemos que cualquier persona habría de tener capacidad para accionarlo en defensa de la libertad personal de un individuo, siempre y cuando muestre un mínimo de interés legitimador, siendo éste un aspecto que habría de ser considerado por la norma.

En cuanto a la inadmisión liminar del *habeas corpus*, como hemos visto, la jurisprudencia actual del TC rechaza de forma tajante tal inadmisión, -con la excepción de que el Juzgado de Instrucción constate la inexistencia de privación de libertad personal o la falta de competencia-. Es constante la jurisprudencia del TC en la que advierte de la inconstitucionalidad de dicho proceder.

Tan solo nos queda añadir que, una de las causas de esa inobservancia sistemática de su jurisprudencia, además de la gran cantidad de trabajo, podría ser –bajo nuestro criterio- la falta de consecuencias para los juzgados incumplidores. No es verosímil alegar desconocimiento, errónea interpretación o cualquier otra excusa o justificación, dado el perfil intelectual, profesional y formativo de los jueces titulares de los Juzgados de Instrucción.

UNDÉCIMA. Por lo que se refiere a la interposición del recurso de amparo ante el TC dispuesto en el procedimiento de *habeas corpus*, es importante distinguir entre las vulneraciones que directamente se atribuyen a la fuerza policial actuante, encuadrándolas en el artículo 43 LOTC, de las que se dirigen autónomamente contra la resolución judicial que inadmite o resuelve el procedimiento de *habeas corpus*, que serían, en cambio,

propias del artículo 44 LOTC, ambas tienen distintos plazos (veinte y treinta respectivamente. Como ya dijimos, en el supuesto de que se aleguen vulneraciones del derecho a la libertad personal de una u otra naturaleza, el recurso de amparo interpuesto podría ser calificado como “mixto”.

Por ello el TC ha convertido la distinción entre ambos plazos en un presupuesto importante en cuanto al cómputo de los plazos de interposición y su posible extemporaneidad, De tal forma que si se considera que ha sido la fuerza policial actuante la que, eventualmente, habría vulnerado los derechos fundamentales del recurrente, y el Juzgado de Instrucción tan solo se limitó a no “restablecer o reparar” esas infracciones previas cometidas por los agentes instructores, en ese supuesto regirá el plazo de veinte días, periodo de tiempo que el artículo 43.2 LOTC prevé para las pretensiones de amparo a que se refiere el apartado primero de dicho precepto. Causa de inadmisión por extemporaneidad de un elevado número de recursos de amparo.

Y siguiendo con el recurso de amparo, decir que respecto del *habeas corpus*, dicho recurso constituye una garantía absolutamente imprescindible, pero reconocemos que posee una eficacia dudosa para restituir al recurrente el derecho a su libertad personal de forma inmediata. El cúmulo de trabajo hace que el TC se demore un tiempo excesivo en resolver, por lo que nos encontramos con una sentencia que, incluso en el supuesto de haber sido estimado el amparo, no tendría efectos verdaderamente prácticos respecto de una recuperación de la libertad personal, que muy probablemente, ya se produjo hace años. Eso sí, uno de los efectos de su interposición en que, con sus resoluciones, el TC está poniendo de manifiesto el erróneo proceder de los Juzgados de Instrucción en cuanto a la sistemática inadmisión liminar de su solicitud.

En nuestra opinión, a lo largo de los años, la aplicación del procedimiento de *habeas corpus*, desde su creación hasta la actualidad, ha



ido transformándose directamente afectada por la interpretación jurisprudencial del TC y esta evolución requiere un reflejo en la propia ley que aconsejaría el estudio de una posible reforma y adecuación de su texto legal a la doctrina dimanante del Alto Tribunal.

Desde la perspectiva que proporciona el paso del tiempo, opinamos que la posibilidad de inadmisión *ad limine* de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, que en su momento consideró admisible el TC, fue una de las debilidades de dicho procedimiento, y la causa de su ineficacia actual en un gran número de casos.

DUODÉCIMA. Por lo que se refiere a la posible comisión del delito de prevaricación judicial, consideramos que, obviamente, la injusticia ha de hacerse con enfoque objetivo siendo absolutamente imprescindible su palpable evidencia. Circunstancia que entendemos está cumplida sobradamente en el supuesto de la inadmisión liminar del procedimiento de *habeas corpus*.

Como hemos visto, el TC ha sentado una consolidada jurisprudencia que niega la posibilidad de denegar liminarmente la incoación de un procedimiento de HC. Fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento.

En palabras del TC, el “frecuente incumplimiento” de esta jurisprudencia constitucional “es grave y carece de justificación”. Siendo para el Alto Tribunal “motivo de muy alta preocupación”. A lo que añadimos nosotros que no existe razón alguna, fáctica, jurídica o legal, que respalde tal incumplimiento de la doctrina del TC.

Abriendo, lo anterior, la posible comisión del delito de prevaricación judicial. Por lo que sintetizando y desglosando sus presupuestos, nos encontramos ante: un juez -de Instrucción- que; a sabiendas –con voluntad y conocimiento de su proceder desobedece la doctrina del TC -; dicta resolución -auto de inadmisión liminar, es decir, resolución decisoria-; injusta “irrazonable” -vulnerando el derecho a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva-. Y, por tanto, comete el delito del artículo 446 CP.

En último lugar, subrayar que todos debemos perseverar en la constante búsqueda de la verdad y la justicia, y en respetar escrupulosamente el imperio de la Ley, en lo único que nos podrá salvar de la naturaleza humana.

Por nuestra parte siempre desearemos *fiat justitia ruat caelum*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN M. C.: La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALEGRE MARTÍNEZ.: El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona, Revista General del Derecho. Nº 604-605. 1995.
- ALONSO PÉREZ, F.: Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal, editorial La Ley - Actualidad, Madrid, 1997.
- ARAGÓN REYES, M.: El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo, La función del Ministerio Fiscal, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, número 28, 2011.
- ASENCIO MELLADO.: Prueba prohibida y preconstituida, editorial Trivium, Madrid, 1989.
- ATIENZA RODRIGUEZ, M.: Sobre la única respuesta correcta, en Jurídicas, Volumen 6, Núm. 2, junio-diciembre, 2009.
- BANACLOCHE PALAO, J.: El derecho a la libertad personal y sus limitaciones, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BANACLOCHE PALAO, J.: Privación de libertad durante 16 días, por hallarse los detenidos en alta mar, Validez de la medida limitativa de la libertad personal, revista Tribunales de Justicia, número 4 - abril, Madrid, 1997.
- BARCELONA LLOP, J.: Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Estudio general y ámbitos sectoriales, Tomo II, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BARONA VILAR, S.: Garantías y Derechos de los detenidos, en Derechos Procesales Fundamentales, Manuales de formación continuada número 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

- BERENGUER PASCUAL, S.: Irrazonabilidad como injusticia en el delito de prevaricación judicial, A propósito de la STS número 585/2017, de 20 de julio de 2017, Revista de Derecho penal y criminología, 3ª Época, número 18 –julio-, 2017.
- BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES, R.: La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en Indret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2006.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.: Manual de Derecho Penal –Parte General, San Marcos, Lima, 2008.
- BUJOSA VADELL, L. M.: La detención desde la perspectiva de la Policía local en España, Criminalidad, Volumen 55, número 2, 2013.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español, Revista General de Derecho Procesal, número 36, 2015.
- BURGOS LÓPEZ.: El secretario judicial en las leyes 8 y 38/2002: especial consideración de las innovadoras funciones informativas, Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal, Parte General, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- CANOSA USERA, R.: El Derecho a la Integridad Personal, editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.
- CARBALLO ARMAS, P.: Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno al procedimiento de *habeas corpus* en España (nuevas perspectivas de la tutela de los derechos fundamentales en los albores del siglo XXI), Pensamiento constitucional, Año X, número 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARRASCO GÓMEZ, J. J., y MAZA MARTÍN, J. M.: Tratado de psiquiatría legal y forense, editorial La Ley (4 edición), España, 2010.

- CASAL HERNANDEZ, J. M.: El derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M.: Los derechos humanos y su protección, Estudios sobre derechos fundamentales y derechos humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, Venezuela, 2008.
- CASINO RUBIO, M.: Responsabilidad civil de la Administración y delito, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CASTAÑEDA OTSU, S. Y.: Actualización de una garantía histórica de la libertad. El habeas corpus: su regulación jurídica en España y Perú. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 2017.
- CASTRO Y BRAVO, F.: Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia, El Orden Público, La Protección del consumidor, Anuario de Derecho Civil 1982, Tomo XXXV, Fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, octubre-diciembre 1982.
- CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M.: Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLI, número 122, mayo-agosto 2008.
- CLIMENT DURÁN, C.: Detenciones ilegales policiales, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECR hechas por las Leyes Orgánicas 7, 8, 9/2002, 1/2003 y por la Ley 38/2002, Tomo 1, editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- CUADRADO SALINAS, C.: La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Granada, número 17-01, Granada, 2015, páginas 1 a 25.
- DE HOYOS SANCHO, M.: La detención por delito, Monografías, editorial Aranzadi, Madrid, 1998.
- DE OTTO Y PARDO, I.: Derechos fundamentales y Constitución, editorial Civitas, Madrid, 1998.
- DE PABLO HERMIDA, J.M.: La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019, en colecciones Actualidad, Derecho Penal 2020, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, páginas 91 a 102.
- DE VEGA RUIZ, J. A.: Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial, editorial Colex, Madrid, 1994.
- DE VICENTE MUÑOZ, R.: El principio de legalidad penal, editorial Tirant lo Blanch, Colección Los delitos, Valencia, 2004.
- DEL MORAL GARCIA, A.: Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Tomo 2, editorial Comares, Granada, 2002.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: Derecho penal español, Parte especial, 2ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, L.: Compendio de Derecho penal, Parte Especial, Volumen II, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Comentarios al Código penal, Parte Especial, Volumen Uno, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- ENCINAR DEL POZO, M. A.: La responsabilidad penal de los jueces y magistrados, en la responsabilidad personal del juez, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- ENCINAR DEL POZO, M. A., La responsabilidad penal de los jueces y magistrados, en la responsabilidad personal del juez, editorial Thomson-Civitas, 2008, Navarra.
- FAIREN GUILLÉN, V.: Comentarios a la constitución de 1978: el *habeas corpus* del artículo 17.4 y la Manifestación de Personas, Revista de Administración Pública, número 83, 1979.

- FAIRÉN GUILLÉN, V.: La identificación de personas desconocidas: examen del artículo 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana, Justicia 3, Madrid, 1992.
- FARALDO CABANA.: Los delitos leves, Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FERNÁNDEZ FERNANDEZ, A.: Orden público y seguridad ciudadana. Modificaciones normativas, Revista de Derecho UNED, número 17, 2015.
- FERNANDEZ FUSTES M. D.: La intervención de la víctima en el proceso penal, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D.: Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial, Revista InDret 1/13, 2013, Barcelona.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: El derecho a la libertad y la seguridad personal en España, Revista Ius et Praxis, Volumen 5, Número 1, Santiago de Chile, 2006.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA A, F.: Comentario al artículo 19 de la CE, Comentarios a la Leyes políticas, editorial Edersa, Madrid, 1984.
- FERRER BARQUERO, R.: El delito de prevaricación judicial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 100.
- FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI CARBONELL, J. C.: La Configuración Constitucional de la Seguridad Ciudadana, Revista de Estudios Políticos Nueva Época, número 87, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-marzo 1995.
- FREIXES SANJUÁN, T.: Reflexiones sobre la interpretación jurisprudencial del derecho a la libertad personal, Revista Vasca de Administración Pública, número 35, 1993.
- FUERTE-PLANAS ALEIX, C.: El *habeas corpus*, en Revista Universidad Complutense Madrid, número IV, Madrid, 2007.
- GARCIA ARAN, M.: La prevaricación judicial, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.: Curso de Derecho Administrativo II, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2011, páginas 407 y siguientes.
- GARCÍA MERCADER, E. J.: El Derecho Policial Victimal como síntesis de intervención con víctimas vulnerables por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Universidad Católica de Murcia, 2018.
- GARCÍA MORILLO, J.: La arquitectura constitucional de la libertad personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GARCÍA MORILLO, J.: El derecho a la libertad personal, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GARCÍA MORILLO, J.: Algunas consideraciones sobre la detención policial y los derechos del detenido, Estudios de Derecho público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, volumen 1, Madrid, 1997.
- GARCÍA RODRÍGUEZ.: La importancia de los Servicios de Asistencia a las Víctimas en la Administración de Justicia para minimizar el riesgo de su doble victimización en el proceso de violencia de género, en III Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres, Justicia y Seguridad: Nuevos Retos, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2012.
- GARCÍA VICENTE, F.: Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales, Extinción de la responsabilidad criminal, editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G.: Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/1984 de *habeas corpus*, Anales del Derecho, Universidad de Murcia, número 14, 1996.
- GARRIDO FALLA, F.: Comentarios a la Constitución, editorial Civitas, Madrid, 1980.
- GIMENO SENDRA, V.: Derecho Procesal Penal, editorial Colex, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V. / MORENILLA ALLARD, P. / TORRES DEL MORAL, A. / DÍAZ MARTÍNEZ, M. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, Colex, Madrid, 2007.



- GIMENO SENDRA, V.: Derecho Procesal Penal, editorial Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- GIMENO SENDRA, V.: Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Colex, Madrid, 1997.
- GIMENO SENDRA, V.: Manual de Derecho Procesal Penal, editorial Colex, Madrid, 2008.
- GÓMEZ CALLE y BUSTO LAGO, J. M.: Tratado de responsabilidad civil, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Edición 5, Madrid, 2014.
- GÓMEZ COLOMER y otros autores, Derecho jurisdiccional, editorial Bosch, Barcelona, 1994.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.: La exclusión de abogado defensor de elección en el proceso penal, editorial L. M. Bosch, Barcelona, 1988.
- GONZÁLEZ AYALA, M. D.: Las garantías constitucionales de la detención, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ.: Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España, edita Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Cívitas, Madrid, 1991.
- GÓRRIZ ROYO.: Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (artículo 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (artículo 167 CP), en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, editorial Tirant lo Blanch on line, Valencia, 2015.
- GUDE FERNÁNDEZ, A.: El *habeas corpus* en España, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUDE FERNÁNDEZ, A.: Los derechos del detenido en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento, Universidad de Santiago de Compostela, 2007.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. R.: El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, VV. AA., Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia, 2015.

- GULOTTA, G.: La víctima. Guiffré Editori, Milán, 1976.
- GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015, Revista Aranzadi Doctrinal, número 7, julio 2015.
- HERNÁNDEZ GARCÍA y RAMÍREZ ORTIZ.: Las consecuencias procesales de la reforma, en Comentario a la reforma penal de 2015, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. V.: Las medidas aplicables a menores infractores, un análisis del artículo 7 de la LORPM, Editorial Universidad de Granada, 2014.
- HERRERO, C.: La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.
- HERRERO MORENO, M.: Historia de la victimología, en Manual de Victimología, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HUERTA TOCILDO, D.: El derecho fundamental a la legalidad penal, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 39, 1993.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M.: La investigación preliminar del Ministerio Fiscal, editorial Aranzadi, Navarra, 2001.
- IZQUIERDO TÉLLEZ.: Se puede detener por delito leve, en Diario La Ley, número 8582, Sección Tribuna, 2015.
- IZU BELLOSO, M. J.: Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978, Revista Española de Derecho Administrativo número 58, editorial Cívitas, abril-junio de 1988.
- JAREÑO LEAL, A.: La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación, Revistas@iutel.com, Revista General de Derecho Penal 27, Universidad de Valencia, Valencia 2017.
- JIMÉNEZ DÍAZ M. J., y MORILLAS FERNÁNDEZ D. L.: Víctimas especialmente vulnerables y Ley Orgánica 1/2004, en La ley integral: Un estudio multidisciplinar, editorial Dykinson, Madrid, 2009.
- JIMENO BULNEZ, M.: Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 48, Madrid, 2014.

- JORGE BARREIRO, A.: Comentarios al Código penal, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- KANT, I.: Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Encuentro, Madrid, 2003.
- KHÜNE, H. H.: Kriminologie: Victimologie der Notzucht, en Juristische Schulung número 5, Landrove, Alemania, 1986.
- LAMARCA PÉREZ, C.: La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLII, 1989.
- LAMARCA PÉREZ, C.: Delitos, La parte especial del Derecho penal, editorial Dykinson. Madrid, 2016.
- LANDROVE DÍAZ, G.: La víctima ante el Derecho penal español, en Estudios penales y criminológicos, número 21, 1998.
- LARRAURI PIJOAN, E.: Victimología, en De los delitos y las víctimas. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.: La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Familia y sucesiones, Universidad Pontificia Comillas, en Cuaderno jurídico, Sepín Editorial Jurídica, número 111, 2015.
- LIMA MALVIDO, M. L.: Políticas Públicas en la Atención a Víctimas, Una propuesta metodológica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Inacipe, Primera edición, México, 2015.
- LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P.; y SATRUSTEGUI, M.: Derecho Constitucional, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: El auténtico *habeas corpus*, Editorial Colex, 1992.
- LUCAS VERDÚ, P.: Curso de Derecho Político, Volumen III, Madrid, 1976.
- MAGALDI, M. J.: Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal, Revista Documentación Jurídica, número 37/40, Volumen 2, 1983.

- MÁLAGA DIEGUEZ, F.: Detención y retención, en Revista de Derecho Procesal, número 2, Madrid, 2001.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal, Diario La Ley, número 8351, 2014.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, editorial Comares, Granada, 2007.
- MARC CARRILLO.: La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible, Revista Vasca de Administración Pública, número 81, 2008, páginas 87 a 109.
- MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, S.: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, páginas 137 y siguientes.
- MARTÍN GÓMEZ, J.: Detención policial y *habeas corpus*. editorial Lerko Print S.A., Madrid, 2010.
- MARTÍN OSTOS y MARTÍN RÍOS.: La víctima ante el sistema de justicia, en Hostigamiento y hábitat social. Una perspectiva victimológica, editorial Comares, Granada, 2008.
- MARTÍN OSTOS, J.: La víctima en el proceso penal abreviado, en Homenaje a Don Eduardo Font Serra, Tomo 2, edita Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004.
- MARTÍN RÍOS, P.: El derecho a la libertad personal frente a la “retención policial con fines de identificación”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año número 38, número 112, 2018, páginas 87 a 113.
- MARTÍNEZ PARDO, V. J.: La detención y el internamiento de extranjeros, Universidad de Valencia, Valencia, 2006.
- MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: La imputabilidad, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, 1996, págs. 1608-1616.
- MARTINEZ TRISTAN, F. G.: La relación de servicio. Contenido dinámico, en Derecho judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades. Inspección de Tribunales, editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

- MIRO QUESADA RADA, F.: Manual de Ciencia Política, Ediciones legales, Lima, Perú, 2012.
- MOLINA BLAZQUEZ, M. C.: La aplicación de la pena, Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito, editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- MOLINA LIZANA, PÉREZ CANDELA y RAMÍREZ LÓPEZ. La víctima en el aparato judicial, Boletín Criminológico, número 44, noviembre-diciembre 1999.
- MONTERO AROCA, J.: Independencia y responsabilidad del Juez, editorial Civitas, 1990, Madrid.
- MONTÓN REDONDO, A.: El derecho de *habeas corpus*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, número 7 (páginas 169 a 186), 1989.
- MORANGE, J.: Droits de l'homme et libertés publiques, Presses Universitaires de France, París, 1985.
- MORENO CATENA, V.: Introducción al derecho procesal, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: Victimología, Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización, editorial Dykinson, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, Parte Especial, 15ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ SÁNCHEZ.: El delito de detención, editorial Trotta, Madrid, 1992.
- NARANJO DE LA CRUZ, R.: Derechos fundamentales, en AA. VV, Manual de Derecho Constitucional, capítulo XVIII, editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- NARVÁEZ RODRIGUEZ, A.: La víctima: su protección en el Derecho comparado. Especial referencia a los programas asistenciales, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Volumen dos, Madrid, 2000.
- NEUMAN, E.: Victimología, El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, editorial Universidad, tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 1984.

- ORTS BERENGUER, E.: Delitos contra la Administración de Justicia, en Derecho Penal. Parte Especial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- OTERO PARGA, M.: Las raíces históricas y culturales de la mediación, en Mediación y solución de conflictos, Habilidades para una necesidad emergente, editorial Tecnos, Madrid, 2007, página 173 siguientes.
- PACE, A.: Problemática delle libertá costituzionali, volumen 1, editorial CEDAM, Padua, Italia, 1992.
- PATIÑO GONZÁLEZ, M.C.: Naturaleza jurídica del *habeas corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2005.
- PEDRAZ PENALVA, E.: El derecho a la libertad y seguridad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5 del CEDH, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- PÉREZ CABALLERO, M. L.: Las víctimas en la mediación penal de adultos, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid, 2012.
- PÉREZ MORALES, M.G.: Medidas cautelares I, en JIMÉNEZ CONDE, F. y PÉREZ MORALES, M.G., Manual de Derecho Procesal Penal. Esquemas y lecciones, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2014.
- PÉREZ SERRANO, N.: Tratado de Derecho Político, editorial Civitas, Madrid, 1984.
- PEREZ TREMP, P.: La reforma del recurso de amparo, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- POLAINO NAVARRETE.: El delito de detención ilegal, editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: El delito de práctica ilegal de detención ilegal por funcionario público. Edersa, Madrid, 1990.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Asistencia letrada al detenido, 3ª edición, editorial Atelier Penal, Barcelona, 1999.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal español, Parte Especial, cuarta edición, editorial Atelier, Barcelona, 2002.

- QUERALT JIMENEZ, J. J.: Una buena pregunta: la retención, ¿para qué?, revista Justicia, Nº 3, Madrid, 1987.
- QUINTANAR DÍEZ, M.: Comentarios al Código penal, Tomo VI, editorial Edersa, Madrid, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Código penal español, Tomo Uno, editoriales Cizur Menos: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Manual de Derecho Penal, Parte General, editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RAGUÉS Y VALLÉS, R.: Delitos contra la libertad. Lecciones de Derecho penal. Parte especial, primera edición. Editorial Atelier, Barcelona.
- RAMÓN MENDEZ, F.: La retención policial, Justicia 3, Madrid.
- RAMÓN RIBAS. E.: Detenciones ilegales practicadas por funcionario público, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- RAMOS TAPIA, M. I.: El delito de prevaricación judicial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- REBATO PEÑO, M. E.: La detención desde la constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- REBOLLO VARGAS, R.: Comentarios al Código penal, Tomo Primero, editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- RECASENS I BRUNET, A.: La seguridad y sus políticas, editorial Atelier, Barcelona, 2007.
- REDONDO MONTÓN, A.: El derecho de *habeas corpus*, Anuario de la Facultad de Derecho, número 7, 1989.
- RICHARD GONZALEZ, M.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.: Proceso Penal Práctico, La Ley Actualidad, Madrid, 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: El interés del menor, editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- RIVERO SANTANA, V.: Los derechos del detenido en al ámbito de los derechos fundamentales, Tesis, Universidad Las Palmas de Gran Canarias, 2015.

- RIVERO SANTANA.V.: La detención como figura representativa del sistema de justicia, *Cadernos de Derecho Actual*, N° 8, Núm. Ordinario, 2017.
- ROCA GUILLAMÓN. J.: *Comentarios al Código penal*, Tomo IV. editorial Edersa, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología, Estudio de la víctima*, editorial Porrúa, México D. F., 2007.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, editorial Colex, 5ª edición, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Detención, incomunicación y derecho de defensa, *Comentario a la sentencia 196/1987*, de 11 de diciembre, en *Actualidad Penal*, número 1, 1988, páginas 520 a 543.
- RODRÍGUEZ VILLANSANTE Y PRIETO, J. L.: *Derechos humanos y Fuerzas y Cuerpos de seguridad*, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, número 5, 1991.
- ROLDÁN BARBERO, H.: La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar, en *Revista penal*, número 11, 2003, páginas 118 a 137.
- ROXIN, C.: *La evolución de la política criminal*, en *El Derecho penal y el proceso penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RUIZ MIGUEL, A.: *Vigilantes y vigilados: Prevaricación judicial y normas sin sanción*, *Teoría/práctica de la jurisdicción*, en *Revista Jueces para la democracia*, noviembre/2014, páginas 97 a 125.
- RUIZ SÁENZ, A.: *intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales*, en *revista Comunicaciones*, Volumen 21, número 2, julio-diciembre, 2011, páginas 171 a 178.
- SALIDO VALLE, C.: *La Detención Policial*, editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- SANTAOLLA LÓPEZ, F.: *El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, número 24, Madrid, 1987.



- SCHMIDT, E.: Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, editorial Lerner, Córdoba, 2006.
- SERRANO ALBERCA, J. M.: Comentario al artículo 17 CE, Comentarios a las Leyes Políticas, CE de 1978, editorial EDERSA, Madrid, 1978.
- SERRANO TÁRREGA, M. D.: Derecho Penal Juvenil, editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- URRUELA MORA, A.: La culpabilidad como elemento dogmático en el marco de la teoría del delito, Comares, Granada, 2004.
- SILVESTRE ROMERO, D.: La libertad personal y sus limitaciones, Universidad Jaime I, Castellón, 2018.
- SORIANO, R.: El derecho de *habeas corpus*, Congreso de los Diputados, Monografías, número 6, Madrid, 1986.
- SOTO NIETO, F.: Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, editorial La Ley, número 3, 1986.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento, editorial Comares, Granada, 2006.
- TAMARIT SUMALLA: Comentario al artículo 530 del Código Penal, en Comentarios al Código Penal español, Tomo II 7ª edición, editorial Aranzadi, Pamplona, 2016.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: La víctima en el Derecho Penal, editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- VALBUENA GARCÍA. E.: Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores. editorial Aranzadi, Navarra, 2008.
- VARONA MARTÍNEZ, G.: La mediación reparadora como estrategia de control social, Una perspectiva criminológica, editorial Comares, 1ª edición, 1998.
- VASILLI, G.: La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali, en Scritti Cuiridici in memoria de Calamandrei, CEDAM, Padua, Italia, 1958.

- VÁZQUEZ CÁRDENAS, A. E.: La victimología como estudio, Redescubrimiento de la víctima para el sistema penal, Revista Prolegómenos Derechos y Valores, número 1, 2011.
- VECINO CASTRO, M.: Análisis de la detención, en Artículos Doctrinales, revista La Toga Digital, número 166 nov/dic, 2007.
- VIDAL ANDREU, G.: Respeto y desarrollo de los derechos de las víctimas, en Revista Técnica del Ertzaina HARLAX, número 26, noviembre 1998.
- VIEITES PEREZ, C.: Delitos de prevaricación, Nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia, Efectos de la supresión del antejuicio, en Delitos contra la Administración de justicia, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.
- VIVES ANTON, T. S.: La libertad como pretexto, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VON HETING H.: The Criminal and his Victim, Yale University Press, New Haven, 1948.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal, editorial Dykinson, Madrid, 1997.