

La Detención desde la Perspectiva de la Policía Local en España¹

Por: Lorenzo M. Bujosa Vadell ²

La figura de la detención policial ejecutada sin mandato judicial, aparece desde ya, como un terreno agreste en el campo del Derecho Penal, debido a las implicancias que subyacen a la propia acción, por lo que resulta necesario que durante su actuación se establezcan ciertas garantías en pos del resguardo de los derechos fundamentales del detenido.

En el presente artículo el autor analiza la figura de la detención policial en la Legislación Española, tomando énfasis en los presupuestos, garantía y finalidad presentes en el procedimiento ordinario de detención, así como, en el valor procesal de las declaraciones obtenidas durante la detención policial. Asimismo, efectúa un análisis de las detenciones efectuadas por autoridades policiales en procedimientos especiales.

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Detención policial y Policía Local.- 3.- Presupuestos de la detención.- 4.- Finalidades de la detención: a) Obtención de la identificación del detenido. b) Obtención de los primeros resultados de la investigación. c) Puesta a disposición judicial.- 5.- Duración de la detención.- 6.- Régimen jurídico del detenido. 7.- Especialidades: a) En los juicios rápidos. b) En los procesos por delitos de terrorismo. c) En materia de cooperación internacional. d) En el proceso de menores. e) En el caso de delincuentes extranjeros.- 8.- Valor procesal de las declaraciones realizadas durante la detención policial.

1. Introducción

En general puede definirse la imputación como la atribución a una determinada persona de la comisión de una infracción criminal. Pero es necesario añadir de inmediato que existe un problema terminológico, que a la vez es muestra de dificultades mayores, pues en no es uniforme la utilización del término «imputado». En el Libro Verde de la Comisión Europea de 2003 sobre garantías procesales³ se hablaba de «sospechosos e inculpados» y en el Anteproyecto español de nueva Ley

de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) de 2011 se utilizaba el discutible participio sustantivado de «investigado»⁴. Todo ello, sin necesidad de entrar en disquisiciones más complejas relativas a la existencia de figuras intermedias como la del «testigo asistido» del Derecho procesal penal francés (*témoïn assisté*) o algo tan elemental como son los límites de edad para la imputabilidad, que varían dentro del propio Espacio judicial europeo de un país a otro, a pesar de que en los primeros documentos detallados que desde la Unión Europea pretendían fijar los parámetros para la aplicación efectiva del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones se fijaba ya como una cuestión de imprescindible resolución previa⁵.

Lo que está claro, no obstante, es que cualquier imputación se realiza respecto a un proceso penal ya iniciado o de próxima –eventual- iniciación. De hecho, la imputación en sentido estricto es en España la imputación judicial, por la que el juez responsable de la investigación (normalmente el Juez de Instrucción)⁶ atribuye a un sujeto determinado la comisión de un delito o falta: en cuanto comparezca el imputado del

1 Este estudio tiene su origen en la intervención del autor en la XXIII Edición de los Cursos de Verano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en su Centro Asociado de Plasencia (España) el 5 de julio de 2012, en concreto en el curso sobre «Policía Local como Policía Judicial: Las diligencias de prevención» dirigido por el Prof. Dr. D. Vicente GIMENO SENDRA.

2 Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca

3 Documento COM(2003) 75 final, sobre «Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión» de 19 de febrero de 2003. Vid. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2003/com2003_0075es01.pdf

4 Vid. <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775266264/MuestralInformacion.html>

5 Cfr. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: reconocimiento mutuo de las decisiones finales en materia penal de [COM(2000) 495 final - no publicada en el Diario Oficial] y el Programa de medidas destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones penales [Diario Oficial C 12 de 15.1.2001].

6 Es importante hacer notar que en España, salvo en el proceso penal de menores y en alguna medida en el llamado «procedimiento abreviado», el director de la investigación penal sigue siendo el Juez de Instrucción, de larga tradición desde el Código de Instrucción criminal napoleónico de 1808. No es este el lugar adecuado para entrar en la rica discusión acerca de las ventajas y desventajas de incorporar en nuestro ordenamiento el modelo ya muy generalizado de la investigación penal dirigida por el Ministerio fiscal. Quizás sí deba apuntarse que este debate, todavía sin resolver, es la principal causa de la demora en la sustitución de la inveterada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 (no hay error en la cifra: mil ochocientos ochenta y dos) por una nueva Ley ajustada al evidente avance de los tiempos. El dato, aún muy llamativo,

Juez debe comunicarle los hechos criminales que se le imputan y el Secretario judicial debe informarle de los derechos que le asisten.

Pero en sentido amplio, además de la imputación más o menos formal –dependiendo del procedimiento en concreto ante el que nos encontremos–, la imputación puede ser llevada a cabo por un particular, a través de un mero acto de iniciación del proceso en el que se haya concretado la persona sospechosa; por el policía que tiene conocimiento de esa comisión y de la persona a la que puede atribuirse, o también por el Ministerio Fiscal, al que el artículo 773.2 de la LECrim permite también en ciertos casos realizar una investigación preprocesal.

Para lo que nos interesa en este artículo, la Policía judicial⁷, ante el conocimiento de una *notitia criminis* está obligada a iniciar las diligencias necesarias, que podrán llevar también a la atribución de la comisión de un delito o falta a un sujeto determinado y, cuando se cumplan determinados presupuestos que más adelante examinaremos, deberá adoptar una medida cautelar de carácter provisionalísimo. Eso implica también la comunicación expresa de la imputación y la necesaria información de toda una serie de derechos previstos en la legislación vigente a favor del imputado.

2. Detención policial y policía local

Conforme establece el artículo 53 LOFCS, los Cuerpos de la Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones: «e) Participar en las funciones de policía judicial en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley»⁸. Por su parte, este artículo 29 LOFCS dispone que «Las funciones de policía judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las unidades que se regulan en el presente Capítulo –»De la organización de Unidades de Policía Judicial»–, pero añade en su apartado segundo una ampliación importante, pues, «Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales».

Por tanto, la policía creada por aquellos municipios que, en el ámbito la legislación aplicable y de su autonomía local, hayan considerado conveniente y oportuno la constitución de estos cuerpos de seguridad, deben colaborar en las funciones de policía judicial⁹. La

Disposición Transitoria 4.^a del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local¹⁰, de una manera provisional que se ha ido prolongando en el tiempo, establece unas normas básicas sobre Policía Local.

Sólo existirá necesariamente en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, salvo que el Ministerio de Administraciones Públicas autorice su creación en los de censo inferior. Se integrará en cada municipio en un cuerpo único, aunque son posibles especialidades de acuerdo con las necesidades concretas, que a su vez está subdividido en una escala técnica o de mando¹¹ y otra ejecutiva, bajo la superior autoridad y dependencia del Alcalde, a través del mando inmediato del correspondiente Jefe del Cuerpo. El ingreso como Guardia de la Policía Municipal debe hacerse por oposición, aunque se establece el límite previo de no exceder de treinta años de edad y acreditar las condiciones físicas que se determinen. En aquellos municipios donde no se creen estos cuerpos de Policía Local, su misión se llevará a cabo por los auxiliares de la Policía Local, que comprenderá el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogas. Y además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la creación de policías de Mancomunidades de Municipios.

El artículo 126 CE (CE) atribuye a la policía judicial, bajo la dependencia funcional de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, en relación con 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 imputado cuando sea necesario según la legislación aplicable, lo que nos interesa en las páginas que siguen y, más específicamente, la colaboración importante de la Policía Local en las funciones de detención policial, previstas en los artículos 489 y siguientes de la LECrim.

Obviamente, la detención policial puede formar parte de una investigación ya iniciada, y por tanto, suponer directamente un acto de colaboración ordenado por el Fiscal o el Juez, o bien –como ocurre con mayor frecuencia– puede formar parte del conjunto de actividades previas heterogéneas que lleva a cabo la policía como primeras diligencias de prevención ante la comisión de una infracción criminal (art. 13 LECrim) y que, después, a través de la entrega del atestado al Juez

debe contextualizarse; pues, por un lado, la redacción originaria de esta Ley era un texto muy avanzado para su momento, lo cual benefició su larga vigencia e incluso, durante el siglo XX, sufrió lamentables pasos atrás; pero, por otro lado, no hay que olvidar la enorme influencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y, en especial, del inmenso trabajo sobre garantías procesales del Tribunal Constitucional de 1981, además de la vinculación desde 1977 al Convenio Europeo para la Protección en los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en consecuencia, a su inmenso acervo doctrinal sobre esta materia, entre muchas otras.

- 7 Merecería probablemente otro estudio específico el complejo tema de la Policía judicial en España, pero valga por el momento la mención de la existencia de Unidades de Policía Judicial, que dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y, funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden (arts. 126 de la Constitución española –CE– y 548 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–), pero además, como se verá de inmediato, la Ley Orgánica 2/86, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS) contempla extensivamente este concepto de «Policía Judicial».
- 8 Sobre el origen y la creación de los cuerpos de Policía Local, las diversas denominaciones tradicionales (Guardia Urbana o Municipal, Policía Municipal o Policía Local) y la unificación terminológica realizada por la Constitución española de 1978: vid. ESCALANTE CASTARROYO, J., (Coord.), *Manual del Policía*, 6.^a ed., Madrid, 2001, pp. 198-210.
- 9 Conforme a la legislación local española, los municipios tienen competencias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas, lo que varía es el modo en que se ejercen estas competencias según los municipios de que se trate –en especial, dependiendo de su población– y según el ejercicio de la autonomía local en los límites que la legislación aplicable permita.
- 10 Aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.
- 11 Conforme al segundo inciso del apartado tercero de esta Disposición que comentamos: «En la escala técnica podrán existir los empleos de Inspector, Subinspector y Oficial, pero los dos primeros sólo podrán crearse en los Municipios de más de 100.000 habitantes; en la ejecutiva los de Suboficial, Sargento, Cabo y Guardia».

competente y de la puesta a su disposición del detenido y de los efectos del delito, piden dar lugar al inicio de un proceso penal.

En ambos casos, su naturaleza es la misma: una medida cautelar personal de carácter provisionalísimo que consiste en la privación de la libertad de quien se encuentre en determinadas circunstancias previstas en la ley y apreciadas por quien sea competente para ello. Estamos, pues, en el ámbito del artículo 17 CE y de la privación temporal del derecho a la libertad ambulatoria «con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley»¹². Es importante recordar que el Tribunal Constitucional bien pronto señaló que no pueden «encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad» (STC 8/1986).

Por las características de esta medida, a pesar de afectar directamente a un derecho fundamental, se trasladan parte de las consideraciones de proporcionalidad, de la ley a las personas competentes en cada caso: el particular en algunos supuestos limitados, el Fiscal en ocasiones, el Juez competente en otras –en la práctica muy excepcionales– y sobre todo la Policía, para la cual la detención en las circunstancias legales determinadas es un deber.

3. Presupuestos de la detención

La limitación, restricción o privación de un derecho fundamental exige que la medida que se adopte sea: idónea para la finalidad perseguida, necesaria para obtenerla y que no restrinja desproporcionadamente el derecho teniendo en cuenta la ponderación de las circunstancias concretas. Estas valoraciones de proporcionalidad vienen previstas, en principio por el propio legislador (art. 492 LECrim), pero deben concretarse por la policía a la vista de las circunstancias concretas el caso que se les presenta.

Los presupuestos a tener en cuenta se resumen en dos: imputación y peligro de fuga, que debemos examinar más pormenorizadamente siguiendo el tenor normativo.

En cuanto a la imputación, es esencia se exige la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: flagrancia, fuga del preventivo o condenado, rebeldía, existencia de «motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito» y «también bastantes para

creer que la persona a quien se intenta detener tuvo participación en él», así como el procesamiento que se subsume en el caso anterior, pero que se aplica sólo al procedimiento ordinario común por delitos graves (art. 384 LECrim).

Por lo que se refiere al peligro de fuga, el Derecho positivo exige que se trate de una imputación 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). Es importante señalar que conforme al artículo 495 LECrim no cabe la detención por 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 defenderle»¹³, lo cual una racional exigencia de homogeneidad en la medida cautelar aplicada, pues, la sanción penal prevista por faltas no conllevará la privación de libertad.

Es importante hacer referencia a la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ¹⁴ para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, porque se refiere a la valoración que debe realizar la Policía para apreciar si realmente se encuentra ante las circunstancias previstas por la ley: «el agente policial debe llevarla a cabo (la detención) con *oportunidad*¹⁵, entendiéndola 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». Además, en los casos frecuentes en que el detenido se oponga a la detención « 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 tipificable, cuando menos, como resistencia o desobediencia grave».

4. Finalidades de la detención:

A) Obtención de la identificación del detenido

El artículo 20 de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, permite que la policía requiera, en el ejercicio de sus funciones

12 Sobre la «arquitectura» constitucional de la libertad personal, sus garantías y limitaciones, *vid.*, GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Valencia, 1995, en especial las pp. 17-72.

13 La intención del precepto debería ser clara, teniendo en cuenta la finalidad general de las medidas cautelares, es decir, asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, y en la mayoría de los procedimientos penales españoles en que no es posible el juicio en ausencia, asegurar además la presencia del eventual acusado para poder llevar a cabo el juicio oral. En este caso en concreto lo que se persigue es la comparecencia del imputado en el juicio de faltas, lo cual va a ser complicado si no es posible la citación en su domicilio –carece de él– y, en ese caso, no se establece ninguna medida de afección de esa persona al proceso que se inicia. Pero curiosamente la interpretación de esas exigencias ha sido modificada *contra legem* en una circular del Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Madrid, específicamente relativa a la detención por faltas, pues se convierten en exigencias acumulativas: «Si bien es cierto que la L.E.Crim., al regular la detención, en el art. 495, establece una regla general de la que debe partirse, y es la improcedencia de la detención por la comisión de simples faltas, no es menos cierto que inmediatamente señala la excepción, ya que se permite esa detención cuando cuando el detenido careciere de domicilio o no diere fianza bastante a juicio del agente que intente detenerle». También muy discutible es la referencia posterior a que «la información de derechos, la citación, etc., y (...) que exactos consten por escrito, pueden justificar la detención cuando nos encontremos en el ámbito de las faltas inmediatas».

14 *Vid.* <http://www.seguridadpublica.es/2008/10/instruccion-122007-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-pers/>

15 Obviamente el término utilizado es desafortunado, pues justamente lo que debe evitarse es la aplicación de meras consideraciones de oportunidad que puedan estar injustificadas, y que por consiguiente sean meramente arbitrarias, por eso el sustantivo que debiera haberse empleado de manera técnicamente más correcta es el de «proporcionalidad».

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 seguridad¹⁶. Conviene destacar que no se trata de identificaciones arbitrarias ni aleatorias, sino estrictamente relacionadas con el «ejercicio de sus funciones de indagación o prevención», por tanto ante sospechas concretas y fundadas de la comisión de una infracción penal¹⁷.

De hecho, continúa la norma, en caso de que no se logre de este modo la identificación y, si se estima necesario, 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. Se trata por tanto de una nueva valoración de proporcionalidad que debe realizar en el caso concreto el policía, y que puede llevarle a la aplicación de la medida cautelar provisionalísima que estamos examinando. La formación de los agentes de la Policía Local debe cuidar, sin duda, el adiestramiento en estas complejas decisiones.

El Tribunal Constitucional, al resolver varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra la Ley Orgánica a la que nos estamos refiriendo, por STC 341/1993, de 18 de noviembre, resaltó que esta medida «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 ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad», a diferencia de lo que ocurre en otros casos como en los controles de alcoholemia, por ejemplo.

B) Obtención de los primeros resultados de la investigación

Como antes decíamos, la detención policial suele acompañar a las diligencias de prevención, por tanto con ella suelen obtenerse los primeros resultados de una investigación que puede tener trascendencia penal. Pero, por esa misma razón, porque se trata de las primeras actuaciones, es importante destacar no debe implicar una investigación exhaustiva, sino básicamente debe ser acompañada de las diligencias de «consignar

las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados, a sus familiares o a otras personas», como bien enumera el artículo 13 LECrim, con la ampliación además que veremos se produce para los casos de enjuiciamiento rápido conforme al artículo 796 LECrim.

En definitiva, el detenido deberá ser identificado por la policía y se le deberá recibir la primera declaración dentro de las veinticuatro horas desde la detención, prorrogable por otras cuarenta y ocho sólo si media causa grave que debe ponerse de manifiesto¹⁸. Estas son sustancialmente las actuaciones que debe realizar la Policía.

C) Puesta a disposición judicial

Según determina el artículo 496 LECrim, el particular, Autoridad o agente de Policía Judicial que detuviere a una persona deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención. En realidad, la policía debe entregarlo al Juez competente junto al atestado y los efectos, instrumentos y demás fuentes de prueba. Hay una incoherencia normativa entre la norma dedicada a la detención y aquella relativa al atestado policial, que debe resolverse sin duda a favor de que el destinatario sea el órgano jurisdiccional competente para la instrucción del proceso penal. Las exigencias actuales en la formación de la Policía, también de la Policía Local, permiten aventurar que no debería haber en principio dificultad alguna en cuanto al Juez competente. En último término, si el Juez no está de acuerdo con la determinación de la competencia territorial, hay vías para que corrija el posible error o discrepancia, que no es frecuente en absoluto.

El Juez que reciba al detenido deberá proceder al control jurisdiccional de la privación de libertad. Por tanto, como vemos, la aplicación de criterios de proporcionalidad tienen un tracto sucesivo: el Juez de inserción deberá confirmar o no la concurrencia de los presupuestos legales aplicados por la policía y, en función de su valoración decidirá entre tres posibilidades: En primer lugar, si constata que no se cumplen los parámetros legales para mantener la privación de libertad, deberá decretar la inmediata libertad del detenido; en segundo lugar; si se trata de un condenado huido, deberá remitirlo al establecimiento en el que deba seguir cumpliendo condena (art. 500 LECrim); por último se plantea una duda en caso de que observe que concurren los motivos

16 Crítica DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delitos*, Pamplona, 1997, p. 266, la consideración de que la seguridad ciudadana como bien fundamental se encontraría al mismo nivel que cualquier otro derecho fundamental.

17 Entendemos discutible que se pueda detener por infracciones de naturaleza meramente administrativa: Por un lado, la sanción quedaría sin efecto alguno por la mera circunstancia de no portar el documento identificador, o por lo menos por no proceder a la identificación de palabra por parte del administrado; pero, por otro lado, en estos casos es absoluta la falta de homogeneidad entre la medida cautelar que se pretende imponer y la sanción administrativa que corresponda al caso concreto, cualquiera que ésta sea.

18 ABIZAID PÉREZ, M.R., *20 aspectos básicos de la entrevista en la investigación policial*, México D.F., 2009, p. 7, en sentido amplio, afirma que «La entrevista policial es una conversación llevada con un propósito, motivada por el deseo de obtener cierta información de la persona entrevistada respecto a lo que percibió por medio de los sentidos, en cuanto al asunto que está siendo investigado». De manera más precisa, SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Barcelona, 1997, p. 318, distingue entre interrogatorio, declaración del detenido y diligencia de declaración: «El interrogatorio es el acto mediante el cual la autoridad –policía, fiscal o judicial– formula preguntas al detenido para examinar los conocimientos de éste acerca de los hechos que se le imputan y que son objeto de investigación. Las respuestas que voluntariamente dé el detenido en dicho interrogatorio, si las hubiere, constituyen la declaración del detenido. Por último, la diligencia de declaración del detenido es el conjunto del interrogatorio y de la declaración propiamente dicha, documentada por escrito o por cualquier otro medio de reproducción de la imagen y el sonido, o sólo de éste».

que la ley prevé para mantener privado de libertad al detenido.

En este último caso nos encontramos con otra antinomia normativa, también de fácil resolución. Por un lado, a partir de los artículos 497, 499 y 501 LECrim parece que, sin más, el Juez puede elevar la detención a prisión provisional. Sin embargo, desde la reforma de 1995¹⁹, se reforzó la imparcialidad del Juez en el procedimiento de adopción de medidas cautelares, de modo que el artículo 504 del mismo Código establece la convocatoria de una audiencia («vistilla» en lenguaje forense), a la que deberán comparecer el Ministerio Fiscal, las demás partes acusadoras personadas y el imputado, asistido de Letrado. En esa vista podrán proponerse los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en las veinticuatro horas siguientes –sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas desde la puesta a disposición judicial. La modificación más importante consistió en que el Juez no puede elevar la detención a prisión si no se le solicita por alguna de las partes –téngase en cuenta que en estos procedimientos el Fiscal actúa como parte, a pesar de su exigida imparcialidad²⁰–, de modo que «Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado»²¹.

5. Duración de la detención

Las consideraciones de proporcionalidad que rigen toda esta materia obligan a que la respuesta rotunda sea «lo mínimo imprescindible». Así, el artículo 17.3 de la Constitución establece que «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».

Como antes señalábamos, el «esclarecimiento de los hechos» no alude a ningún tipo de exhaustividad, aunque a primera vista pudiera ser interpretado de manera maximalista. Nos estamos refiriendo a las diligencias esenciales previas a la puesta a disposición judicial. Como bien resume GIMENO SENDRA²²: el reconocimiento de la identidad del detenido y, en su

caso, su declaración, conforme a las limitaciones y exigencias que veremos en el apartado siguiente.

Pero, además, como medida cautelar de carácter provisionalísimo que es, tiene razonablemente establecido un límite máximo corta duración y cuya determinación no ha sido tan unánime como *a priori* pudiera suponerse. Como se acaba de ver, el artículo 17.3 prevé un «plazo máximo de setenta y dos horas», al que hay que oponer la excepción que se examinará en su momento para los casos de terrorismo (con base en el artículo 55 CE). Sin embargo, el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la detención policial establece el límite de las veinticuatro horas (art. 496)²³.

¿Cómo resolver esta aparente antinomia? La doctrina y la jurisprudencia han seguido dos sendas distintas. Por un lado, la mayoría opta por entender que es aplicable el límite máximo de las setenta y dos horas, pues está regulado en un texto de un rango superior, y además posterior, que es ni más ni menos que la Constitución. De este modo, se entendería derogado por el artículo 496 LECrim por la Disposición Derogatoria 3.^a de la Constitución. Pero, por otro lado, es mucho más convincente la posición de GIMENO SENDRA y más respetuosa con la integridad del derecho fundamental afectado²⁴. Conforme a esta argumentación, la Constitución establece en el artículo 17.3 un marco máximo que no puede sobrepasar el legislador, so pena de inconstitucionalidad, pero al mismo tiempo no obliga al legislador a agotar el plazo genérico previsto. De este modo, la determinación de las veinticuatro horas del artículo 496 LECrim se interpretaría como una opción legítima del legislador ordinario. Por tanto, el límite estaría en las veinticuatro horas²⁵.

No es baladí la diferencia pues el límite máximo que se establezca opera diversos efectos, materiales y procesales. Por un lado, la infracción del plazo máximo aplicable llevaría a la comisión de un delito de detención ilegal, siempre que la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas (*ex art.* 496 LECrim). Por otro, el desconocimiento de los límites temporales es uno de los supuestos para la iniciación del procedimiento de *habeas corpus*²⁶. Cabe decir, no obstante, que en la práctica el plazo aplicado usualmente es el que

19 La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado aprovechó para introducir varias modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y entre ellas introdujo el artículo 504.bis.2.

20 Esta paradójica situación del Fiscal puede hacer en algunos procesos que el Fiscal no acuse, sino que en virtud de la exigencia de imparcialidad, estrechamente vinculada con el sometimiento a la legalidad, entienda que debe pedir la absolución. No hay monopolio en la acusación en España por tanto el proceso seguiría adelante, siempre que otras partes acusadoras personadas la sostuvieran. Tampoco es este el lugar propicio para entrar en otra discusión, pero sí conviene matizar que ésta última afirmación no es siempre aplicable cuando se trate de acusadores populares, según alguna jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

21 La exigencia no es absoluta, pues la propia noma contempla supuestos excepcionales en que el Juez deba tomar urgentemente la decisión, aunque siempre con convocatoria posterior e inmediata de la audiencia: «Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia».

22 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 585.

23 «El particular, Autoridad o agente de 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».

24 Vid. GIMENO SENDRA, V., *op. cit.*, pp. 585-589.

25 DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delitos*, *op. cit.*, p. 199, con buen criterio señala al respecto: «Entre los autores que defienden el plazo máximo de 72 horas, no es extraño leer que 24 horas resultarían normalmente insuficientes a la Policía para realizar todas aquellas diligencias necesarias para que el Juez pudiera fundamentar una decisión acerca de lo que proceda respecto a la situación personal del detenido. Seguramente aquí se encuentre la principal discrepancia con la postura mantenida en este trabajo».

26 Vid. La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*; GIMENO SENDRA, V., *El proceso de «habeas corpus»*, 2.^a ed., Madrid, 1996 y CGPJ, *Detención policial y habeas corpus*, Manuales de Formación Continuada, núm. 48, Madrid, 2010.

establece el artículo 17.3, por consiguiente el límite de setenta y dos horas.

6. Régimen jurídico del detenido

El Derecho internacional ofrece un marco vinculante respecto al detenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Nueva York, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica o en el Convenio para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos. También la Constitución y la LECrim establecen una serie de derechos y garantías para el detenido que son de básico cumplimiento, armonizadas muy recientemente, aunque de manera muy limitada, por la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales²⁷.

El apartado tercero del reiterado artículo 17 CE en relación con esta cuestión es muy claro: «Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca». Es preciso, por tanto ahora, pormenorizar esquemáticamente los derechos y las garantías que el ordenamiento establece a favor del detenido.

1. Derecho a la detención en la forma que menos perjudique al detenido en su persona reputación y patrimonio.

Nos fijamos pues en el momento de la detención y debemos recordar que estamos afectando derechos fundamentales de un sujeto que conserva la presunción de inocencia hasta el momento de la sentencia firme. Es preciso notar aquí también que existe un problema de proporcionalidad en la forma de la detención, para evitar en la medida de lo posible técnicas de coacción directa, o por lo menos, propiciar siempre la mínima lesividad.

El policía debe siempre identificarse como tal al realizar la privación de libertad, y además, de proceder de manera cuidadosa. En este sentido se han planteado problemas de constitucionalidad respecto a la imagen de ciertos detenidos esposados en los medios de comunicación. Es importante evitarlas porque es obvio que van en desmedro de la fama del afectado, que –no debería olvidarse– puede ser dejado en libertad a las pocas horas, o en último término puede ser absuelto finalmente.

2. Derecho a la información.

El artículo 520.2 LECrim proclama el derecho de todo detenido a ser informado de modo comprensible y de forma inmediata, por tanto cuanto antes, y siempre previa cualquier otra diligencia policial.

¿De qué debe ser informado? Básicamente de tres elementos esenciales:

- De los hechos que se le imputan (hecho punible que se le atribuye)
- De las razones motivadoras de su privación de libertad (valoración de proporcionalidad y concreción de las razones del artículo 492 LECrim).
- De los derechos que le asisten, especialmente los del artículo 520.2, a), b), c), d), e) y f).

Como antes mencionaba, muy recientemente se ha publicado la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012²⁸, dedicada a regular el derecho a la información en los procesos penales en el Espacio judicial europeo. De este modo obliga a los Estados de la Unión Europea a armonizar unos mínimos en esta materia y les concede un plazo hasta el 2 de junio de 2014 para trasponer en sus respectivos ordenamientos internos las correspondientes normas. Así se pretende facilitar la cooperación procesal penal en el ámbito de la Unión Europea, aumentando la confianza entre jurisdicciones y propiciando el reconocimiento mutuo de resoluciones jurisdiccionales en el Espacio judicial europeo. Esta norma es de aplicación general, es decir, desde el momento en que al sospechoso se le imputa una infracción penal hasta la resolución jurisdiccional firme.

Esta norma europea remite a la legislación nacional el desarrollo de las directrices que establece, pero exige unos mínimos en cuanto al contenido y a la forma: debe informarse del derecho de acceso a un abogado, del de recibir asistencia letrada gratuita y sobre las condiciones de obtenerla, debe ser informado de la imputación, del derecho a la interpretación y a la traducción y del derecho al silencio. En principio, la información puede darse verbalmente o por escrito, en lenguaje sencillo y accesible y con especial atención a las personas vulnerables. Pero en los casos de detención se exige la entrega de una declaración de derechos escrita, en términos sencillos y accesibles, que debe poder leer y conservar en su poder.

Además, el detenido debe ser informado de otros derechos: de acceso a las actuaciones («materiales del expediente»), a informar a las autoridades consulares y a la persona que desee, de acceso a la atención médica urgente, a obtener información sobre el máximo número de horas o días que puede estar privada de libertad antes de ser puesto a disposición judicial y del derecho a conocer las posibilidades de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma o solicitud de libertad provisional.

Se preocupa esta Directiva de regular más detenidamente dos derechos básicos, determinantes de la efectividad de la defensa: el derecho a recibir información de la imputación y el derecho de acceso a los materiales del expediente.

27 DOUE L 142, de 1 de junio de 2012, p. 1.

28 Vid. de manera más detallada BUJOSA VADELL, L.M., «El derecho a la información en los procesos penales: hacia una nueva regulación en la Unión Europea», julio de 2012, <http://www.ichdp.cl/wp/el-derecho-a-la-informacion-en-los-procesos-penales-hacia-una-nueva-regulacion-en-la-union-europea/>

En cuanto al primero de ellos, señala que la información se debe suministrar con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y, sobre todo, permitir el ejercicio efectivo de la defensa. Todo detenido debe ser informado de los motivos de su privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido. Por otra parte, se incluyen otras exigencias para fases posteriores como facilitar información detallada de la acusación, incluida naturaleza de la infracción y de la participación del acusado. Además, debe garantizarse que se informará con prontitud sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada.

Acerca del derecho de acceso a los materiales del expediente, el detenido debe obtener la entrega de los documentos relacionados con su expediente específico que obren en poder de las autoridades y que sean fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la privación de libertad. El imputado o el abogado deben tener acceso a la totalidad de las fuentes de prueba a favor o en contra, para salvaguardar las garantías procesales y preparar la defensa, todo ello con la debida antelación para asegurar la efectividad de su derecho (y a más tardar cuando los motivos de acusación se presenten al tribunal -demasiado tarde, porque está cerrada la investigación-). Debe tenerse finalmente en cuenta la posible limitación por causas justificadas, pero demasiado inconcretas en el texto de la norma (amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de una persona, defensa de un interés público importante -perjuicio de una investigación en curso o menoscabo de la seguridad nacional- ...).

3. *Derecho a ser asistido por un intérprete gratuito.*

Obviamente, tiene una importancia fundamental la posibilidad de comprensión de la información que se solicita, lo cual tiene vinculación directa con la efectividad de la eventual contradicción.

Este derecho no asiste sólo a los detenidos extranjeros, sino, como indicó el Tribunal Constitucional en su S 74/1987, de 25 de mayo, debe procederse a una interpretación extensiva por la que también tienen derecho a ser asistidos por intérpretes los ciudadanos españoles que no comprendan o no hablen el castellano. En un país como el nuestro con varias lenguas oficiales, a pesar del deber general de conocer el castellano (art. 3.1 CE), se ha interpretado de manera amplia.

4. *Derecho al silencio, o a no contestar alguna o algunas preguntas, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*

Se trata, como es bien sabido, de una manifestación del derecho de defensa, combinado con la presunción de inocencia. Se ha planteado al respecto la cuestión de la valoración de la negativa a declarar del detenido. En nuestra consideración, la negativa a responder a

ciertas preguntas claras y concretas puede entenderse como útil a efectos de la investigación, pero vulneraría la presunción de inocencia el Juez o Tribunal que interpretara los silencios como indicios en contra del acusado para fundamentar la condena, tanto si son indicios únicos, como si están acompañados de otros.

5. *Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia*

El artículo 118 LECrim prescribe el ejercicio de la defensa técnica, entre otros casos, desde que haya sido objeto de detención. Y el artículo 520.2.c.II LECrim matiza acertadamente que «Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio». Se trata pues de un derecho irrenunciable, salvo en el caso discutible de los delitos contra la seguridad del tráfico.

Se comunicará al Colegio de Abogados el abogado elegido y se notificará a éste para que acepte o renuncie: si no acepta, no es hallado o no comparece se designará uno de oficio. El abogado debe acudir al centro de detención a la mayor brevedad y en un plazo máximo de ocho horas. Si no comparece, podrá tomarse declaración o reconocimiento sin él, lo cual nos parece muy criticable pues el derecho de defensa del imputado queda desvirtuado, y además por razones que no le son achacables a él mismo.

6. *Derecho a la asistencia de abogado en sentido estricto*

Conforme al artículo 520.6 LECrim, este derecho consiste en tres elementos distintos:

- Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos del 520.2 y que se proceda al reconocimiento médico del 520.2.g). Pero, no sólo debe asegurarse de que se informa de los derechos que le asisten, sino también de los hechos que se le imputan, con el detalle suficiente como para poder alegar frente a ellos
- Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que haya practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia. Debería permitirse una intervención más activa del abogado en la asistencia al detenido: tiene poco sentido que cuando hay más garantías porque la declaración se produce ante el juez pueda haber una menor restricción a la actuación del letrado que cuando se produce la intervención en el interrogatorio policial²⁹.
- Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia. Pero en nuestra opinión, no tiene sentido, en términos de defensa, que la entrevista reservada sólo se permita al final del interrogatorio policial.

29 SALIDO VALLE; C., *La detención policial, op. cit.*, pp. 350-351, propugna también una intervención del abogado más activa en la asistencia letrada al detenido: «La intervención del letrado no puede ser meramente pasiva, haciendo constar la incidencia al final de la diligencia sino que, por el contrario, debe formular su protesta de inmediato, exigiendo la finalización de tales métodos y de la diligencia, sin perjuicio de requerir que se expresen tales circunstancias en el acta, incluso negándose a firmarla si no se hace, y, en su caso, interponer la correspondiente denuncia ante la autoridad judicial, como testigo directo de hechos que podrían ser constitutivos de delito (arts. 259 y 410 LECrim).

7. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia

Es el derecho a que se comunique a un familiar o persona que el detenido indique la situación de privación de libertad y el lugar donde se encuentra el detenido, pero no un derecho a comunicarse directamente con ellos. Por eso se ha hablado de un «derecho a la notificación de la detención».

Debe procederse de oficio cuando el detenido sea menor o incapaz, y comunicarse de inmediato al Ministerio Fiscal.

8. Derecho a que sea 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

Como puede observarse, se configura como un orden de prelación. Y se obliga en el artículo 5.3.b) LOFCS a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad – también, por supuesto, a la Policía Local en el ámbito de sus competencias- a velar por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuvieron o que se hallen bajo su custodia y a respetar el honor y la dignidad de las personas.

Estamos en relación directa con el derecho fundamental a la integridad física y la prohibición de la tortura.

Por cuanto se refiere a las *garantías* propiamente dichas, pueden resumirse en la siguientes:

- La Policía no debe hacer recomendaciones al detenido para la elección de abogado defensor.
- Debe separarse, a ser posible, en los detenidos en el lugar de custodia.
- Se prohíbe la comisión de actos contrarios a la integridad física y psíquica. La Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad prevé el caso en que el detenido presente cualquier lesión imputable o no a la detención o manifieste presentarla y obliga al traslado inmediato a un centro sanitario para su evaluación.
- Se prohíben, además, actos contrarios a la espontaneidad del interrogatorio. La Instrucción que se acaba de citar exige que la declaración del

detenido se haga de manera que no se menoscabe la capacidad de decisión o juicio del detenido, no pudiéndosele formular reconveniones o apercibimientos.

Se plantean varias cuestiones graves a este respecto que deben ser examinadas un poco más de cerca.

En primer lugar, las denuncias por torturas durante la detención judicial. Es evidente, por exigencias internacionales y constitucionales, la prohibición terminante del uso de cualquier exceso físico o psíquico para obtener una declaración del detenido. Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 2 de noviembre de 2004: «El Tribunal recuerda 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 general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) (en el) Convenio», requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz. Dicha investigación, a ejemplo de la resultante del artículo 2, debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables»³⁰.

En segundo lugar, la cuestión de los registros personales en la detención. Las normas internas aplicables son las siguientes:

- *Instrucción 7/1996, de 20 de diciembre*, del Secretario de Estado de Seguridad, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos, con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o prueba incriminatoria.
- *Instrucción 19/2005, de 13 de septiembre*, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- *Instrucción 12/2007*, de la Secretaría 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 bajo custodia policial³¹.

En este sentido, se habla de los *cacheos* como diligencia de investigación que consiste en una modalidad de

30 En este caso en concreto: «El Tribunal no está convencido de que estas investigaciones fuesen lo suficientemente profundas y efectivas para cumplir con las exigencias previamente citadas del artículo 3. A este respecto, señala que el Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid se fundó en varias ocasiones, para decretar el sobreseimiento, en el hecho de que era difícil identificar a los presuntos autores de los malos tratos alegados, cuando incluso las denuncias hacían referencia a los miembros de las fuerzas de seguridad que habían interrogado a los demandantes durante su detención. Lamenta muy particularmente que las autoridades responsables de las investigaciones no hubiesen podido así oír a los agentes de policía que habían trasladado a los demandantes a Madrid, ni a aquellos que se encargaron de vigilarlos durante su detención preventiva. Asimismo, se desprende del expediente que, en el marco del recurso interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid contra el auto dictado por el Juzgado de instrucción núm. 22 de Madrid el 5 de noviembre de 1997, los demandantes reiteraron sus solicitudes tendentes a que se pusieran a disposición del tribunal las declaraciones de los agentes de la Policía Judicial que se habían encargado de la investigación y que habían declarado ante la Audiencia Nacional, así como los dictámenes periciales presentados en el marco de dicho procedimiento. Ahora bien, por Providencia de 13 de enero de 1998, la Audiencia Provincial rechazó las demandas tendentes a la incorporación al sumario de las piezas del procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional. Por lo demás, no se desprende del expediente que los demandantes hubiesen sido oídos por el Juez instructor. En definitiva, el Tribunal no puede sino constatar que las autoridades judiciales rechazaron todas las peticiones de administración de pruebas presentadas por los demandantes, privándose así de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados».

31 Puede encontrarse el texto de las tres Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad en: <http://mnp.defensordelpueblo.es/documentos/INSTRUCCION.pdf>

registros personales que consisten 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 cuerpo. Se considera preceptivo en caso de detenciones y ante sospechosos potencialmente peligrosos, pero debe realizarse del modo menos lesivo a la dignidad del detenido. Además, antes de ingresar en el calabozo debe procederse al registro y pesquisa de los utensilios que pueda portar que puedan ser utilizados para lesionar o facilitar la fuga: retirada de cadenas, cinturones, bufandas, anillos, relojes, encendedores u otros objetos.

7. Especialidades:

Aparte de las consideraciones generales que se acaban de exponer, puede ser de interés completar el cuadro panorámico con la mención de algunas otras regulaciones del ordenamiento español que atienden a circunstancias más concretas.

A) En los juicios rápidos

Este procedimiento, introducido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se caracteriza por una gran ampliación de las actuaciones de la Policía Judicial, que operan incluso como presupuesto de adecuación de procedimiento, pues se incoa siempre en virtud de atestado policial³².

El artículo 796 LECrim establece las actuaciones que debe practicar la Policía Judicial, en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante la detención. Se trata de que la Policía lleve a cabo mayor parte de actuaciones de investigación y preparación de la comparecencia que tendrá lugar ante el Juez de Guardia: entre ellas, informa del derecho del imputado a comparecer asistido de abogado y, si éste no manifiesta expresamente su voluntad de hacerlo, la Policía recabará del Colegio de Abogados la designación de uno de oficio.

B) En los procesos por delitos de terrorismo

Con base en el artículo 55 CE, los artículos 520 bis y 527 LECrim contemplan varias especialidades:

- Duración más larga de la detención. 72 horas como plazo ordinario, pero prorrogable para fines de la investigación hasta 48 horas más, siempre que se haya solicitado a ampliación en las primeras 48 horas y se autorice judicialmente de forma motivada.
- Incomunicación. No debe ser automática («podrá»), sino decidida motivadamente por el Juez. Éste último podrá, durante la detención en todo momento, requerir información y conocer personalmente o por delegación en el Juez de Instrucción del lugar la situación del detenido.
- Mayor restricción de derechos. Se establece que conservará el detenido el disfrute del ejercicio de los derechos del artículo 520 LECrim, pero con tres importantes limitaciones: no cabe abogado de libre elección; no tiene derecho a la notificación de la detención; ni derecho a la entrevista con su abogado. Es obvio que se trata de graves restricciones al derecho de defensa.
- Cambio de competencia del órgano de control. En lugar del Juez de Instrucción ordinario, será competente el Juez Central de Instrucción.

C) En materia de cooperación internacional

Tanto la Ley de Extradición Pasiva, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como el de los Tribunales penales internacionales *ad hoc*, como la normativa sobre la Orden europea de detención y entrega establecen la obligación de cooperar con quien pida la extradición o entrega de un imputado, siempre que se cumplan las exigencias normativas aplicables³³.

En todos esos casos la valoración de los presupuestos viene hecha por el órgano o Estado emisor, aunque las exigencias de constitucionalidad y legalidad exigen un control judicial de esa solicitud de cooperación.

Es de interés a este respecto el tenor del artículo 5 de la ya aludida Directiva 2012/13/UE, por el cual los Estados miembros garantizarán que la persona detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención y

32 Conforme al primer apartado del artículo 795 LECrim:

«Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.
2. Que se trate de alguno de los siguientes delitos:
 - a. Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
 - b. Delitos de hurto.
 - c. Delitos de robo.
 - d. Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
 - e. Delitos contra la seguridad del tráfico.
 - f. Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.
 - g. Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.
 - h. Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.
3. Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.»

33 Desde el punto de vista transfronterizo en el ámbito de la Unión Europea, puede ser de interés consultar el Documento COM(2011) 327 final de la Comisión Europea, de 14 de junio de 2011 por el que aprueba el Libro Verde sobre el Reforzamiento de la confianza mutua en el Espacio judicial europeo – Un Libro Verde sobre la aplicación de la legislación procesal penal de la Unión Europea en materia de detención.

entrega europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre los que le asisten conforme a la legislación sobre esta materia. La declaración debe estar redactada en un lenguaje claro y accesible.

D) En el proceso de menores

Son los artículos 520.3 LECrim y el 17 de la **Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, los que se dedican a regular estos supuestos relativos a un menor de 18 años y mayor de 14 al que se le atribuye alguna de las infracciones penales previstas en el Código Penal o en alguna ley penal especial.**

Es preciso destacar la prioridad del interés del menor y de las exigencias socioeducativas. Por ello se exige un especial cuidado en la información inmediata en un lenguaje adecuado a su edad de los hechos imputados, de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten. También es precisa la notificación inmediata de la detención a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal. En el interrogatorio también estarán presentes sus representantes legales, salvo excepciones. Se proclama el derecho a entrevista reservada con su abogado también antes de la declaración, a diferencia de lo que vimos respecto a los casos ordinarios. La detención debe llevarse a cabo en dependencias adecuadas y separadas y con un plazo máximo de veinticuatro horas, salvo en los casos de terrorismo.

Por las propias peculiaridades del procedimiento la policía pondrá al detenido a disposición no del Juez, sino del Fiscal, que es quien ostenta dirección de la fase de investigación en el proceso penal de menores y que en el plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la detención deberá decidir si aplica medidas de oportunidad o la incoación del expediente poniendo al detenido a disposición del Juez de Menores competente.

E) En el caso de delincuentes extranjeros

Como ya se ha indicado, cuando se trata de un extranjero que no comprenda o que no hable el castellano, se garantiza la aplicación del derecho de asistencia gratuita de intérprete. Además se prevé, conforme a las normas internacionales concordantes, el derecho a que se comunique el hecho de la detención y el lugar de custodia de las autoridades consulares.

En la reciente evolución de las normas europeas sobre la armonización de los derechos y garantías en los procesos penales deben destacarse, en relación con este punto las dos siguientes: la *Directiva 2010/64/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales: incluso en las diligencias policiales, y la *Directiva 2012/13/UE*, reiteradamente mencionada, que establece la garantía de que el

detenido reciba una declaración escrita en una lengua que comprenda. Si no se dispone de ella: se informará oralmente, en una lengua que comprenda y luego se le entregará sin demora la declaración escrita.

8. Valor procesal de las declaraciones realizadas durante la detención policial

El resultado de la actividad policial derivada de estas primeras diligencias se documenta en el llamado «atestado»³⁴, que según el artículo 297 LECrim se considerará denuncia a los efectos legales. Pero se diferencia claramente de la denuncia por su contenido.

Las diligencias de prevención ya forman una verdadera investigación preprocesal, hecha con urgencia y rapidez, pero por profesionales, y a veces por especialistas, sobre todo cuando se trata de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. No es una investigación exhaustiva, pero puede contener los elementos materialmente más importantes y decisivos para el proceso. Todo ello, sin perjuicio de que aquellos actos que puedan restringir o limitar derechos fundamentales, salvo el de la libertad ambulatoria, exigen necesariamente una autorización judicial previa.

A pesar de la centralidad que el juicio oral tiene en el sistema procesal penal, también en uno escasamente sistemático y actualizado a medias, como el español, ciertos actos de investigación, realizados ante determinadas circunstancias y revestidos de las necesarias, pueden tener valor probatorio, con lo que empezamos a desdibujar esa centralidad del juicio oral como fase natural de la prueba. Pero es inevitable, por la naturaleza de las cosas, tener en cuenta la eventualidad de pruebas anticipadas o de pruebas preconstituídas, también en el proceso penal. En todo caso, para su validez se ha exigido su práctica con la debida contradicción, ante un órgano jurisdiccional, aunque con frecuencia no sea el órgano encargado de conocer la fase de juicio.

Se plantea, en esta tesitura, si algunas actuaciones realizadas sin intermediación judicial como las de prevención de la policía pueden llegar a tener un alcance probatorio.

En principio parece claro que el atestado, en conformidad con su carácter de vehículo de transmisión de la *notitia criminis*, debe ser objeto de prueba. Por tanto, los hechos y datos contenidos en él no deberían tener valor probatorio directo, es decir, no pueden ser tenidos directamente en cuenta para la convicción judicial, sino que deben ser probados, en su caso, en la fase de juicio oral, como derivación propia de su asimilación a denuncia. Lo contrario supondría que antes de iniciarse el proceso mismo, quien no ha podido ser ni siquiera judicialmente imputado, entra ya en el proceso con verdaderas pruebas incontestables en su contra. Pero esta regla, en los tiempos actuales, no puede ser absoluta.

34 Como recuerdan MARTÍN ANCÍN, F., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, Madrid, 1999, p. 64, el atestado policial es «el documento donde se extienden y contienen las diligencias que practiquen los funcionarios de la Policía Judicial que puedan ser indicio o prueba para la averiguación y comprobación de los hechos presuntamente delictivos, y aprehensión, en caso, de sus responsables».

Ciertas actuaciones contenidas en el atestado, por la alta especialización y la elevada formación cualificada de sus autores, son informes minuciosos y muy fundados que, van más allá de la mera consideración de datos fácticos y entran perfectamente en el concepto de informes periciales. La clave de la validez probatoria de estas actuaciones debe estar en tres factores que es posible sistematizar de la manera siguiente:

1. *Previo*: La concurrencia de circunstancias específicas que no permiten esperar hasta el momento del juicio oral para hacer el examen pericial (*urgencia e irrepetibilidad*: son los casos en que el objeto es efímero).
2. *Concurrente*: La necesidad de respetar las garantías constitucionales y legales en la práctica de la pericia, en especial la contradicción, informando de los derechos y permitiendo la realización de contraexámenes.
3. *Posterior*: La posibilidad de propiciar un debate contradictorio en torno a los resultados de estos informes en el juicio oral, aunque no siempre en presencia del autor del informe.

La declaración testifical del policía en el juicio es, con todo, la vía ordinaria para que los resultados de las diligencias policiales tengan su entrada en el juicio oral, y por tanto puedan ser considerados por el órgano jurisdiccional competente para dictar la sentencia³⁵. Pero es importante precisar, respecto a este tipo de pruebas que la declaración testifical no puede convalidar actuaciones policiales en las que no se hayan respetado las garantías constitucionales o legalmente establecidas, como manifestación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

En cuanto a la posibilidad de tener en cuenta las declaraciones policiales de referencia o de oídas, es necesario tener en cuenta que en el ordenamiento español caben de manera subsidiaria los testimonios de referencia, con muchas limitaciones y cautelas, entre ellas la identificación del origen de la noticia³⁶. Surgen problemas respecto a los informantes policiales, pues en este punto nos encontramos con intereses relevantes contrapuestos: el de mantener la fuente para posteriores investigaciones y el de contradecir directamente las declaraciones testificales. En nuestra opinión, la posición más recomendable en estos casos es la de mantener el secreto de la identidad del informante, pero admitir sólo sus declaraciones como fuente de la investigación y no

como prueba. Como se ha dicho, el artículo 297 LECrim, justamente, cuando trata del valor del atestado, limita las declaraciones testificales de los policías a los hechos de conocimiento propio (STC 203/1993).

Pero respecto a las declaraciones testificales de los policías se ha planteado un problema específico que ha dado lugar a polémicas y diferencias doctrinales y jurisprudenciales en España. Se trata del caso de las autoincriminaciones ante la policía que no son corroboradas posteriormente: un sospechoso declara en su contra en la comisaría, pero en las posteriores declaraciones ante el juez se acoge a su derecho a no declarar y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). ¿Es posible introducir en el juicio oral esa primera declaración del acusado por la vía indirecta de la declaración testifical del policía que la presencié? En algún caso la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la ha admitido para fundar la condena del acusado.

Está claro que no cabe si en la declaración inicial no ha habido las suficientes garantías³⁷. Pero el problema se plantea en la declaración policial cuando sí se han respetado las garantías esenciales de información de derechos, asistencia de abogado, sin torturas, coacciones o intimidaciones, etc. En esta cuestión pueden observarse dos líneas jurisprudenciales que pasaremos a exponer y a valorar.

Por un lado tenemos una posición que podríamos denominar «garantista», que vendría representada por la STS de la Sala 2.^a, de 25 de octubre de 2006: «No puede rescatarse por la vía indirecta del testigo de referencia o testigo 'de oídas' la declaración inculminatoria en el atestado de quien luego no lo ratifica en presencia judicial, siendo el único dato inculminatorio existente y ello porque no cabe la figura del testigo de referencia (art. 710) allí donde está disponible para el Tribunal el autor de la manifestación concernida».

Por el contrario, en una concepción que podría calificarse de «utilitarista», la STS, de la misma Sala, de 4 de diciembre de 2006, señaló que: «Las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas». Debemos añadir que en esta importante resolución se incluyen dos votos particulares muy críticos y de gran interés, que entre otras consideraciones, discuten la posición de la policía

35 El artículo 297.11 LECrim contempla el valor de las declaraciones testificales para las declaraciones contenidas en los atestados en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio. Por su parte, según el artículo 717 LECrim: «Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional». Finalmente, en cuanto al procedimiento de enjuiciamiento rápido el artículo 796.1.4.^a *in fine* LECrim establece una vía de flexibilización discutible: «No será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo».

36 *Vid.* más ampliamente BUJOSA VADELL, L.M., «Prueba de referencia y garantías procesales», *Diario La Ley*, 2007, núm. 6821, pp. 1 y ss.

37 Es paradigmática de esta situación la STS de la Sala Segunda, de 20 de julio de 2006, en relación con una entrevista que un grupo de policías españoles mantuvo en la base de Guantánamo: «Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica (...), constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como «Derecho Penal del Enemigo».» Respecto al tema que nos ocupa en concreto: «el recurrente permaneció detenido en poder del ejército de los Estados Unidos desde que les fue entregado en fecha no precisada en la sentencia, en Kandahar, por los militares paquistaníes y trasladado seguidamente a la base de Guantánamo, hasta su puesta a disposición del Juez Central de Instrucción núm. 5 el 13 de febrero de 2004, toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador «entrevista policial», lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contortulios, que, obviamente, no existió en el presente caso. Por la misma razón debe ser declarada nula e inexistente la declaración en el Plenario de los dos miembros de la UCIE que interrogaron al recurrente».

respecto a la del Juez al tomar las declaraciones y el marco peculiar de en que se producen los interrogatorios policiales.

En cuestión, podríamos esquematizar una serie de argumentos a favor y otros en contra que es preciso tener en cuenta:

Argumentos a favor:

- El valor probatorio de las declaraciones testificales respecto a las llamadas «confesiones extraprocerales»³⁸.
- Puede ser estimada como prueba siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1º) que conste que aquella fue prestada previa información de sus derechos constitucionales; 2º) que sea prestada a presencia de Letrado y 3º) finalmente que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma³⁹.
- Cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento, bien ante la Policía o ante la autoridad judicial, el Tribunal tiene la facultad de conceder su credibilidad a unas u otras declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio, siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal:
 - a) Que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancias de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma.
 - b) Que, genéricamente consideradas, es decir, no en sus detalles específicos, hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre estos extremos.
- Las declaraciones ante la policía usualmente son más espontáneas y menos «aleccionadas» o preparadas.
- El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS (Sala de lo Penal), celebrado el 28 de noviembre de 2006, acordó: «admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».
- Cuando declara el policía en el juicio oral sobre la autoincriminación del imputado el órgano jurisdiccional no deja de valorar, aunque sea por la percepción inmediata del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado, las manifestaciones del acusado, aunque sean parcial o totalmente

evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido en la Comisaría

- En el proceso penal se busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios.
- La declaración del policía que recogió la declaración autoincriminatoria no reproduce una prueba ilícitamente obtenida, sino la declaración, no supuesta sino real, del acusado en el atestado, tras ser informado de sus derechos y en presencia de Letrado

Argumentos en contra:

- La regulación específica y aplicación constitucional sobre los testigos de referencia: no pueden tener virtualidad probatoria si está presente en el juicio oral el autor de la afirmación que se relata.
- La declaración del imputado en comisaría no ratificada ante el instructor es simple material de atestado, que, según el art. 297 LECrim, tiene el exclusivo valor de denuncia.
- La declaración del policía en el juicio no se refiere a hechos de conocimiento propio, por tanto no pueden tener la virtualidad de la prueba testifical (art. 297.II LECrim).
- La declaración de referencia del policía sólo serviría para acreditar que la declaración del imputado ante la policía se ha hecho, pero no para dar por bueno sin más su contenido («copia oral del atestado»).
- Los instructores del atestado se encuentran en una posición específica en el marco de una investigación formalizada.
- La especial situación constrictiva del detenido que declara ante la policía, a pesar de la asistencia letrada y las demás garantías de necesaria aplicación.
- La policía carece de las características propias de la jurisdicción, a pesar del deber de imparcialidad de todo funcionario.
- Introduciendo en el juicio por una vía oblicua la declaración del imputado, que la Ley ha querido expresamente dejar fuera, se invierte de forma inadmisibile la lógica del proceso contradictorio como cauce de obtención de conocimiento válido.
- En las declaraciones policiales en que la entrevista reservada se produce después de la declaración del sospechoso el derecho de defensa podría considerarse limitado, a pesar de que se le haya informado correctamente de sus derechos y sobre todo del derecho a no declarar.

38 «No tendría sentido que la confesión extraprocerales, siempre que haya sido sometida a contradicción a través del testimonio de las personas ante las que se hizo, pueda servir para destruir la presunción de inocencia, y se niegue esa posibilidad respecto de la efectuada en sede policial con las garantías que proporciona la obligada presencia del letrado, la previa información de derechos y la presencia en el Plenario de los agentes policiales» (STS, Sala 2.ª, 19 de julio de 2000)

39 Así la STS, Sala 2.ª, de 22 de febrero de 2002, entre otras.

- El carácter formalizado del proceso penal que se enmarca en los principios de legalidad procesal y el derecho al debido proceso: se busca la verdad formalizada, no exactamente la verdad material.
- La decisión de no declarar, de no autoincriminarse, ante un órgano con capacidad para conformar en su presencia prueba, no puede ser obviada fraudulentamente por la declaración de quienes le oyeron una determinada manifestación.
- Los funcionarios de policía o el Letrado que le asiste, no son testigos de los hechos objeto del juicio (*thema probandi*), por lo tanto su testimonio es impertinente.
- Los policías no son plenamente imparciales o desinteresados al declarar sobre un atestado que ellos mismos han confeccionado

En definitiva, en nuestra opinión, este tipo de pruebas de referencia no pueden admitirse: si la condena se basa sólo en una declaración policial de referencia sobre una declaración del imputado contenida en el atestado, cuando en el proceso, ante el órgano jurisdiccional, se ha ejercido el derecho fundamental del imputado/ acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, se produce una vulneración de la presunción de inocencia.

Para decirlo brevemente: la incapacidad de la investigación para encontrar fuentes de prueba y, en por tanto, la insuficiencia probatoria no debe hacerse recaer en el acusado, pues eso contraría toda la construcción del proceso penal contemporáneo con todas las garantías.

Sa Ràpita (Mallorca), a 12 de agosto de 2012 