

LA DETENCIÓN PREVENTIVA: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vicente José Martínez Pardo

Secretario Judicial. Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Procesal

Universitat de Valencia.

I. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva es una medida cautelar personal pues se basa en la imputación de una infracción criminal que se puede imponer al sujeto presunto responsable de la misma¹. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente la naturaleza cautelar de la detención². En términos generales se puede afirmar que las medidas cautelares son aquellas que van dirigidas a procurar la efectividad de la resolución que en su día ponga fin al proceso judicial iniciado. Las medidas cautelares se justifican en la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo, ese tiempo implica el riesgo de que la sentencia que llegue a dictarse sea inútil porque el sujeto pasivo lo aprovecha para que la sentencia no pueda ejecutarse³.

¹ Doctrinalmente se distingue entre medidas cautelares personales, que recaen sobre la persona del imputado, con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, y medidas cautelares reales o patrimoniales, que recaen sobre los bienes y pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que se pueden declarar en un proceso penal

² STS de 16 de octubre 1993 (RJA 7782) y STS de 1 de febrero de 1995 (Colex 95P19)

³ BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, cit. pág., 461. Son lecturas recomendadas sobre medidas cautelares: ORTELLS RAMOS, M., *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, mayo 1978, págs. 439 a 489; ORTELLS RAMOS, M., *Detención, retención y Habeas Corpus*, Seminario sobre detención y prisión provisional”, Santiago de Compostela, 1996, págs. 73 a 98; BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid. 1996; MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la*

Son características de las medidas cautelares: el carácter incidental o instrumental, en cuanto siempre se acuerdan durante el transcurso de un procedimiento judicial y para asegurar el cumplimiento de la sentencia que pueda dictarse⁴. También tienen carácter de temporalidad y variabilidad; la duración de la medida cautelar es limitada, extinguiéndose al desaparecer las causas que la motivaron, pudiendo ser modificadas o alzadas.

En la adopción de las medidas cautelares personales, como la detención, es necesaria una ponderación de los intereses pretendidos, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y su presunción de inocencia (arts. 17.1 y 24.2 CE), y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad, tal como establece el Tribunal Constitucional⁵ “*pugna el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro*”.

La detención está regulada en el Título VI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como uno de los instrumentos de la instrucción sumarial, junto con la citación y la prisión provisional. La regulación de esta medida es obsoleta y confusa porque no tiene en cuenta los cambios debidos a la Constitución Española y desarrollados por la doctrina del Tribunal Constitucional. La doctrina científica viene reclamando una reforma procesal en profundidad que aborde la regulación de las medidas atinentes a los derechos fundamentales, adaptando la legislación a los principios y valores constitucionales.

Para que se pueda adoptar esta medida cautelar es preciso se den los presupuestos típicos de toda medida cautelar personal: El *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y la proporcionalidad.

1. *Fumus boni iuris o fumus comissi delicti*.- Este presupuesto se concreta en la imputación de un hecho delictivo, recogido en los supuestos previstos en el art. 490 LECRIM. Se trata de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida cautelar.

investigación penal, Poder Judicial número especial II, marzo, 1987; GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*. Madrid. 1997.

⁴ Existen medidas cautelares en el proceso penal que no tienen como finalidad el cumplimiento efectivo de la sentencia sino otros fines, tales como la prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculpado, o medidas específicas para dar seguridad o protección jurídica a la persona agredida o su familia, como las órdenes de alejamiento.

⁵ STC 41/1982, de 2 de julio (RTC 1982, 41).

⁶ La denominación de *fumus comissi delicti* es utilizada por PEDRAZ PENALVA, E., *El derecho a la libertad y seguridad* (Art 5 CEDH), en Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid. 1993. Pág. 12, y DE HOYO SANCHO, M., *La detención por delito...*, cit., pág. 82.

Para llevar a cabo la detención basta con la apariencia razonable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por la persona sobre la que ha de recaer, es decir, que haya motivos bastantes para inculparlo. La apreciación de este presupuesto o título de imputación viene representado por la existencia de motivos racionalmente bastantes acerca de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, sea éste descubierto “in fraganti”⁷ o como consecuencia de una actividad investigadora, y que los haya también bastantes para atribuir a una persona su participación, no bastando la mera sospecha. En definitiva, supone la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada a la que se pretende detener.

Este juicio de probabilidad se debe realizar por el agente que la practica o por el Juez de Instrucción si la detención lo es en virtud de orden judicial. Si la detención es policial, el presupuesto de *Fumus boni iuris* se puede distinguir atendiendo al momento de su adopción: 1. Si la detención lo es sin causa pendiente, conforme al art. 492, 1 en relación con el art. 490, el presupuesto de *Fumus boni iuris* se refleja en la flagrancia en la comisión del hecho delictivo 2. Si la detención policial se lleva a cabo en el curso de una causa penal (art. 492, 1 en relación con el 490 números 6 y 7, y art. 492 números 2 y 3) este presupuesto responde a la presencia de una imputación, por procesamiento o por la existencia de motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia del hecho que presenta caracteres de delito y en la participación del detenido en el mismo.

Si la detención es judicial (art. 494 LECRIM) el presupuesto que comporta el *Fumus boni iuris* supone la probable responsabilidad penal del sujeto detenido.

2. *Periculum in mora o periculum libertatis*⁸.- Este presupuesto se concreta en la pretensión de asegurar los fines del proceso en general, y en particular el peligro de ocultación personal del sujeto; se trata, en definitiva, de la existencia de razones para temer que el inculpado va a tratar de sustraerse a la acción de la justicia. No es suficiente que haya motivos para creer que una persona ha cometido el delito, sino que además haya motivos para temer que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

⁷ En el supuesto de que la detención se realice por particulares, sin que exista causa pendiente (art. 490, 1 y 2 LECRIM) este presupuesto se refleja en la flagrancia del hecho cometido; en el supuesto de que la detención por particulares se realice estando pendiente la causa principal, el presupuesto de *Fumus boni iuris*, se fundamenta en los motivos racionalmente suficientes para entender que el sujeto detenido se hallaba fugado con causa pendiente o en situación de rebeldía.

⁸ La denominación *periculum libertatis* es utilizada por PEDRAZ PENALVA (*El derecho a la libertad...*, cit., pág. 12)

La concreción del *Periculum in mora* obedece a la concurrencia de ciertas circunstancias que determinan el peligro de frustrar el proceso penal en curso. Nos referimos a la gravedad del delito imputado, los antecedentes penales, la fuga u ocultación, la imposibilidad de identificarle y el peligro de oscurecimiento.

En primer lugar, la gravedad del delito representada por la pena privativa de libertad que señale la ley, determinará la apreciación de la presunción de fuga del autor del delito, lo que hará precisa su detención. Tal peligro de fuga no puede considerarse que exista en delitos que no estén castigados con penas privativas de libertad o cuando éstas son de corta duración, en concreto la pena superior a prisión de seis meses a tres años, es elemento que presume el peligro de fuga (art. 492 núm. 2). En el supuesto excepcional en el caso de faltas (art. 495) este requisito quedará delimitado por la ausencia de domicilio conocido del detenido y por la no prestación de fianza exigida, lo que justifica el posible peligro de fuga.

En segundo lugar, los antecedentes del imputado en la anterior comisión de delitos, no para apreciar una agravación de la pena, sino como exponente de la habitualidad, de la que se pueda presumir la incomparecencia del imputado.

En tercer lugar, la fuga u ocultación o rebeldía del sujeto, conductas indicativas de un intento de eludir la acción de la justicia. La fuga u ocultación y la declaración de rebeldía ponen en peligro el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva, y son definitorias del *Periculum in mora* en sentido estricto.

En cuarto lugar, las actividades del presunto autor del delito, como actuaciones tendentes a la destrucción, alteración u ocultación de pruebas, pueden hacer peligrar los fines del proceso penal.

Finalmente se desprende el peligro de fuga del imputado de la imposibilidad de que sea identificado plenamente por quienes pretendan detenerle. Si falta la identificación la policía debe realizar cuantas gestiones sean precisas para proceder a esta identificación y, si se logra identificar, el detenido deber ser puesto en libertad⁹.

En definitiva, la concreción del *Periculum in mora* obedece a la concurrencia de estas circunstancias, solas o en unión de otras, que determinan el peligro de frustrar el proceso penal en trámite.

⁹ Esta medida está recogida en el art. 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana.

3. A estos presupuestos se puede añadir un tercero, el de *proporcionalidad*¹⁰. En sentido amplio se entiende que existe proporcionalidad entre la limitación o intervención del derecho y libertad fundamental y la medida cautelar adoptada cuando sea adecuada y necesaria para obtener el fin perseguido por el legislador. Así, siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida, será constitucionalmente admisible.

El principio de proporcionalidad tiene su fundamento en la garantía que la propia Constitución Española reconoce a las libertades y derechos fundamentales en el art. 53, que la recoge con el siguiente tenor: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo 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)*”. Si bien se impone al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, nada se dice acerca del método para su determinación¹¹. Fue el Tribunal Constitucional en STC 11/1981¹² quien estableció dos vías de determinación del contenido esencial de un derecho subjetivo. La primera vía alude a la naturaleza jurídica; el contenido esencial estaría constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible.

La segunda vía se refiere a la determinación de los intereses jurídicamente protegidos¹³. El derecho a la libertad ambulatoria contenido en el art. 17 CE no es un derecho absoluto, podrá ser limitado en lo imprescindible cuando se produzca un enfrentamiento entre el disfrute de ese derecho y otros bienes o derechos de la comunidad que tengan un rango igual o superior al del art. 17 CE¹⁴. El propio precepto constitucional pone de manifiesto la prevalencia de algunos bienes que podrán justificar la libertad personal en lo necesario: las

¹⁰ DE HOYOS SANCHO, M, *La detención...*, cit., pág. 84.

¹¹ En este sentido DE HOYOS SANCHO, M., *La detención...*, cit. pág. 56

¹² STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11).

¹³ En la evolución de la jurisprudencia del TC en esta materia se entiende vulnerado el contenido esencial cuando la medida de que se trate afecte a las facultades que protege el derecho fundamental más allá de lo estrictamente necesario para la defensa del bien o valor constitucional que la motivado la intervención, así, si el límite es arbitrario y no soporta el juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

¹⁴ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178) establece: “...*Por la excepcionalidad y de la restricción o privación de libertad exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. La limitación ha de ser proporcional al fin que la justifique...*”

necesidades de la persecución penal, el correcto desarrollo del proceso y el cumplimiento efectivo de las sentencias.

Una vez que en el caso concreto se evidencie la existencia de un bien o valor de rango constitucional que debe prevalecer será necesario determinar concretamente en qué medida se debe ver restringido ese derecho o libertad fundamental. Aquí entra en juego el principio de proporcionalidad¹⁵. El principio de proporcionalidad en sentido amplio¹⁶ puede enunciarse de esta manera: únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá ser justificada, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida.

Este principio necesitaría, a su vez, un control de idoneidad o adecuación, es decir, valorar si la medida es adecuada o apta para alcanzar la finalidad constitucionalmente prevista que justifica la limitación del derecho fundamental; un control de necesidad de la intervención, pudiendo comparar con otras medidas alternativas suficientemente idóneas para la persecución del fin pretendido; y finalmente, un control de racionalidad o de proporcionalidad en sentido estricto, controlando, en el caso concreto, si el perjuicio que ocasiona la limitación del derecho fundamental está en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se pretende salvaguardar¹⁷.

En conclusión, la limitación impuesta por los poderes públicos a un derecho fundamental resultará proporcionada si, siendo apta para garantizar el bien o valor constitucional en conflicto, produce las consecuencias menos perjudiciales y se encuentra en relación con la importancia general que se trata de salvaguardar. Las limitaciones o restricciones al derecho fundamental que sobrepasen estas pautas, supondrán un abuso o exceso de poder.

¹⁵ Sobre este principio destaca: PEDRAZ PENALVA, E., *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*, en colaboración con ORTEGA BENITO, V., y *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid. 1990; GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid. 1990.

¹⁶ DE HOYOS SANCHO, M., *La detención...*, cit., pág. 67

¹⁷ PEDRAZ PENALVA, E., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pág. 288

II. LA DETENCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El concepto de detención no sólo es una pretensión académica, sino de consecuencias prácticas, pues en función de cuál sea la delimitación que de ella se haga, se estará en el caso de considerar o no un determinado hecho como detención, lo cual conllevaría la aplicación de su estricto régimen de observancia de límites y garantías. De ahí la delimitación que pretende el Tribunal Constitucional, quien en Autos y Sentencias ha intentado pulir el concepto para diferenciarlo de otros conceptos afines con la detención que no merecen el mismo tratamiento.

Destacaremos las siguientes resoluciones:

1- Sentencia 98/86¹⁸. Define la detención “*como cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad*”. Puede ser digna de alabanza la pretensión integradora de este concepto, siendo la Sentencia más significativa que existe respecto esta cuestión, pero merece especial subrayado el hecho de que el Tribunal se refiera al impedimento de autodeterminar una conducta lícita, cuando en realidad la detención en sí impide el desarrollo de autodeterminar tanto una conducta lícita como ilícita; pero, lo más destacable del concepto es que pretende dejar claro que, una de dos: o existe situación de detención o existe libertad. La importancia de ello estriba en que las denominadas figuras afines o fronterizas con la detención deberán incardinarse en una u otra (detención o libertad) de forma necesaria, dando respuesta a los problemas surgidos en situaciones límite en las que no se observa el estricto régimen de garantías previsto para la detención. Se considera que no existen zonas intermedias entre la situación de libertad y la privación de libertad y que, por tanto, a toda situación de privación de libertad le es aplicable el sistema de garantías previsto en el artículo 17 CE. Esta sentencia ha sido ratificada posteriormente, entre otras, por la Sentencia 61/1995, de 29 de marzo, referida al arresto domiciliario, que como privación de libertad es susceptible de protección a través del *Habeas Corpus*.

¹⁸ STC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986, 98)

2- Sentencia 107/1985¹⁹, en la que se analiza el concepto de detención en un supuesto de requerimiento policial para la verificación de la prueba de alcoholemia, entendiéndose que la aplicación de las normas de policía conlleva necesariamente en ocasiones sometimientos personales no legítimos. Se trata de un supuesto de “sometimiento” no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción penal, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tráfico. Este argumento se aplicará por extensión a cualquier actividad preventiva de la policía.

3- Auto del Tribunal Constitucional 19/1991²⁰, referido a las diligencias policiales de cacheo e identificación, estableciendo que las mismas, a pesar de comportar molestias e inmovilización del ciudadano, son un sometimiento no legítimo a las normas de policía dentro de las actividades legales que la Ley 2/86 de 13 de marzo atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La citada resolución afirma que *“el derecho a la libertad como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede verse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, 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 infracción contra su persona, en el curso de las actividades preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el art. 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo (...) Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña privación de libertad ni atenta contra el derecho de libre circulación, que quedan intactos tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen”*.

A la vista de estas resoluciones, el Tribunal Constitucional considera existen dos subtipos de detención: Por un lado, la detención de una persona como medida pre-cautelar, preordenada en un proceso penal iniciado o que se va a iniciar a raíz de la detención. Por otro lado, las derivadas del sometimiento a las normas de policía a través de las diligencias de

¹⁹ STC 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985, 107) establece (FJ 3º): *“la comprobación por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 CE, en protección del detenido y no quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”*.

identificación y cacheo. Estas “inmovilizaciones”, al no estar preordenadas a un procedimiento penal contra el sujeto pasivo, deben considerarse excluidas de la aplicación de las prevenciones contenidas en el art. 17.3 CE. Estas diligencias de prevención tienen por finalidad el cumplimiento de las funciones propias de los Cuerpos de Seguridad del Estado, y si en esas “inmovilizaciones” se llegan a descubrir hechos delictivos en ese caso la misma se convertirá en detención propiamente dicha.

4- Sentencia 341/1993²¹, que resuelve la inconstitucionalidad de preceptos de la Ley orgánica 1/92 de 23 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que, prácticamente, se zanja la cuestión de las figuras similares a la detención que no comportan la observancia de los derechos y garantías del art. 17 CE. La LO 1/92 establece en su art. 20.2 la medida de identificación en dependencias policiales, lo que supone la consiguiente “retención policial” y traslado a las dependencias policiales donde deberá permanecer el tiempo imprescindible, ello supone algo más que una inmovilización, debiendo considerarse como una privación de libertad.

Contra la citada Ley se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla, que fueron acumuladas por el Tribunal Constitucional y resueltas por la STC 341/93, que declaró constitucional el citado art. 20.2 LOPSC.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional se admite la privación de libertad a efectos de identificación, aunque con limitaciones y garantías, como una de las modalidades incardinadas en el art. 17.1 CE. La detención, en sentido estricto, la que está preordenada en el proceso penal es en la única en la que van a regir todas las garantías contenidas en el art. 17 CE. En los supuestos de privación de libertad distintos a la detención preventiva el legislador debe velar porque se establezcan las garantías necesarias en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate, atendiendo a los principios que se deducen del art. 17 y de las garantías que el mismo establece. A través de la “retención” no se intenta esclarecer otro hecho que la personalidad del retenido, que carece de significación penal, ni se

²⁰ ATC 19/1991, de 28 de enero (RTC 1991, 19) dictado en recurso de amparo 2262/1990.

²¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341)

le informa de sus derechos, ni se garantiza la asistencia de un abogado durante el tiempo que dura la privación de libertad²².

En esta misma sentencia se da un concepto constitucional de detenido. Se establece: “*Los derechos y garantías que dispone el art. 17, num. 2 y 3 C.E. corresponden al afectado por una "detención preventiva". El detenido al que se refieren estas previsiones constitucionales es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal y así hemos tenido ya ocasión de advertir que "las garantías exigidas por el art. 17.3 (información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada) hallan su sentido 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 de aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado (...) Ahora bien, ello no significa que las garantías establecidas en los números 2 y 3 del art. 17 no deben ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintas a la detención preventiva. Ya en alguna ocasión este Tribunal ha debido contrastar con lo dispuesto en el art. 17.2 previsiones legales relativas a privaciones de libertad no calificables como detención preventiva" (STC 115/87, fun. Jur. 1º).*

HERRERO HERRERO²³ califica de “*detenciones funcionales-operativas*” a las restricciones temporales de libertad. Dice que estamos ante “*especies de detención*” caracterizadas por no revestir privación de libertad puesto que no se deja a nadie sin ella. Se trata de “*entretenerla o restringirla in situ*” y por muy poco tiempo, con el fin de cumplimentar las exigencias más inmediatas y elementales de la norma. En realidad, no se trata de detenciones, según dicho autor, en el sentido técnico-jurídico del término. Aquí se incluirían las paradas de vehículos para controles, los requerimientos para identificación y los cacheos.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional erradica el concepto de “*retención*” como zona intermedia entre la detención y la prisión, pues califica de detención la privación de

²² MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal...*, cit., pág. 9, entiende: “*deben reputarse ilegítimas todas las retenciones que no respondan a una diligencia de investigación por hechos delictivos. Si el ciudadano manifiesta carecer de documentos que le identifiquen a satisfacción del agente de policía, éste no dispone de los medios precisos para identificarlo en el acto y no existen motivos para considerarle partícipe en la comisión de un hecho delictivo, la única solución posible, desde la perspectiva constitucional y a falta de una ley habilitante que lo permita expresamente, no puede ser otra que la de dejarle seguir su camino libremente*”

²³ HERRERO HERRERO, C., *Detención preprocesal y detención funcional-operativa*, en BIMJ, núm. 1519, pag. 828.

libertad a los solos efectos de la identificación personal (STC 341/1993)²⁴. Esta Sentencia reconoce tácitamente, como hemos visto, que la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana crea una nueva figura de privación de libertad: la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables²⁵.

Se encuentran también entre las privaciones de libertad, según el Tribunal Constitucional: los arrestos domiciliarios en virtud de sanción disciplinaria²⁶; el internamiento forzoso de enfermos psíquicos²⁷; la detención gubernativa de extranjeros para su expulsión²⁸; o la medida de identificación en dependencias policiales contemplada en el art. 20.2 de la LO 1/92 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (STC 341/93). A esta enumeración se puede añadir la detención y el internamiento de los menores acordada por el Ministerio Fiscal conforme a la ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor; o la detención de las personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades “*infecto-contagiosas*”, conforme a los arts. 1 a 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, sobre medidas especiales en materia de salud

²⁴ La STC 341/93, de 18 de noviembre, tras declarar la constitucionalidad del art. 20.2 L.O.1/92, reconoce, regresando al planteamiento de la STC 98/1986, de 10 de julio, que la detención con fines de identificación es una privación de libertad, tanto en los casos de personas no identificables que se hallen en disposición de cometer un ilícito penal, como de aquéllas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

²⁵ El ejemplo típico de retención se produce por la solicitud de identificación. Cuando una autoridad solicita a un ciudadano que acredite su personalidad y éste no lo puede hacer por carecer de documentos acreditativos para ello, se produce una levísima privación de libertad, en la que el sujeto ha de aguardar a que se comprueben los datos requeridos por otros medios. El problema está en sí la autoridad actuante no logra identificar al ciudadano requerido. Procede entonces a realizar una serie de diligencias, habitualmente en dependencias policiales, circunstancias en la que el intervenido parece más privado de libertad (STC 341/1993). Sin embargo, no puede calificarse como detención ya que no concurren sus requisitos. En estos casos ha de existir un especial régimen de garantías para quienes se encuentren en estas circunstancias: procede en los casos tasados por la LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana, cuando la identidad de las personas requeridas fuera necesaria para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención del delito, y siempre que exista sobre ellas una razonada y fundada presunción de que puedan delinquir o hayan cometido una infracción administrativa; los motivos de la conducción a dependencias policiales deben registrarse en el libro al efecto con el fin de hacer posible, llegado el caso, un control judicial, teniendo en cuenta que las diligencias han de realizarse de forma inmediata y sin dilación alguna con la finalidad de identificar al sujeto.

²⁶ ATC 1265/1988 (RTC 1988, 1265); STC 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985, 31); STC 93/1986, de 7 de julio (RTC 1986, 93); STC 61/1995, de 14 de febrero (RTC 1995, 61)

²⁷ STC 140/1990, de 20 de septiembre (RTC 1990, 140)

²⁸ STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86)

pública, que autorizan la adopción por parte de las autoridades sanitarias de medidas que puedan llegar hasta la privación de libertad de deambulación y movimientos.

5. Sentencia 179/2000²⁹, referente al procedimiento de *Habeas Corpus* como uno de los cánones constitucionales que regulan la limitación del derecho a la libertad ex art, 17 CE .En esta sentencia aunque no se otorgó el amparo por la duración de la privación de libertad, si que se otorgó porque el Juez inadmitió la solicitud de *Habeas Corpus* sin examinar el fondo de la misma por entender que se trataba de una detención gubernativa. Asimismo el Tribunal Constitucional considera de aplicación el citado procedimiento en los casos de los extranjeros que permanecen confinados en los aeropuertos en espera de que se resuelva su petición de asilo por entender que en tales casos existe una privación de libertad que el Juez debe controlar. El Tribunal otorgó el amparo porque el Juez inadmitió la solicitud de *Habeas Corpus* sin examinar el fondo de la misma por entender que se trataba de una detención gubernativa. A este respecto establece la Sentencia citada:”... es doctrina reiterada de este Tribunal (STC 174/1999, FJ 5, de 27 de septiembre, y STC 232/1999, FJ 4º, de 13 de diciembre) que la esencia de un procedimiento de “*Habeas Corpus*” consiste precisamente en que, siempre que la persona se encuentra efectivamente detenida, el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, para que el detenido, una vez puesto en presencia del Juez, pueda formular las alegaciones y pruebas que estime conveniente en relación con la legitimidad de la situación de privación que padece... Ya que sólo garantizando que el Juez se pronuncia sobre la legalidad de la situación de privación de libertad padecida una vez que el detenido ha sido llevado a su presencia y ha tenido, por tanto, oportunidad de oírle, se garantiza el derecho consagrado en el art. 17.4 CE... Por otra parte debe señalarse que la referida garantía resulta de aplicación en todos los casos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez; garantía que hemos considerado específicamente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería, y en concreto en los casos en los que la detención o la privación de libertad del solicitante tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional (...) El Juez del “*habeas corpus*” debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona”³⁰.

²⁹ STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 3º (RTC 2000, 179)

³⁰ En este sentido: STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 6º, (RTC 1996, 21); STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11º (RTC 1996, 86); STEDH, de 15 de noviembre de 1996, caso Chahal contra Reino Unido.

En el mismo sentido se recoge en STC 224/2002³¹ que establece, respecto a la resolución judicial que denegó la incoación del procedimiento de “Habeas Corpus”, *“que el derecho a la libertad posee como garantía específica la existencia de dicho procedimiento para exista pleno y efectivo control judicial de las privaciones de libertad como eficacia de los derechos fundamentales, debiendo si se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite y se da el presupuesto de privación de libertad, como en este caso, admitir la incoación del Habeas Corpus, siendo improcedente declarar la inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en este procedimiento es el determinar la licitud o ilicitud de la detención, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la detención debe hacerse en el juicio de fondo del Habeas Corpus presentado (previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas), y no en el Auto en el cual se rechaza la admisión del Habeas Corpus”*.

6. Sentencia 169/2001³², referente a las limitaciones del derecho a la libertad, distintas de la detención, y la necesidad de la previsión legal de la medida limitadora de tal derecho. El Tribunal Constitucional declaró lesionado el derecho a la libertad personal del recurrente en amparo, de nacionalidad argentina, contra el que se seguía un proceso penal en la Audiencia Nacional, y contra quien se dictó auto que decretaba la libertad provisional con obligación *apud acta* de presentarse ante el Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designación de domicilio conocido, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización judicial. En opinión del Tribunal *“las medidas impuestas son condiciones de la libertad provisional, y no medidas autónomas, porque su finalidad no era otra que la de garantizar la presencia del encausado, lo que determina que su examen constitucional tenga que realizarse desde la perspectiva del art. 17.1 CE, y no desde la del derecho a la libertad de circulación del art. 19 CE, del que también gozan los extranjeros pese a su dicción legal”*

7. Sentencia 224/2002³³, referente a la duración de la detención. La citada Sentencia recoge un supuesto de detención preventiva en que la misma dura más del tiempo mínimo indispensable para realizar las averiguaciones tendentes a esclarecer el delito, tal como cita el art. 17 CE y 520 LECRIM. El Tribunal Constitucional estima el amparo al entender que la

³¹ STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5 (RTC 2002, 224)

³² STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169)

³³ STC 224/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 224). Esta sentencia recoge, a su vez, la doctrina constitucional anterior reflejada, principalmente, en las SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8 (RTC 1996, 31); 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8 (RTC 1996, 86) y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3 (RTC 1998, 224).

detención se había prolongado más tiempo del estrictamente indispensable, estableciendo: "la detención preventiva esta constitucionalmente caracterizada por notas como su limitación temporal (que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible), debiendo el detenido ser conducido sin dilación ni demora ante la autoridad judicial, existiendo tal limitación a fin de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, operando en la detención preventiva dos plazos, uno relativo, que consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, debiendo para fijar tal plazo tenerse en cuenta las circunstancias del caso y el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento el afectado por la medida; y de otro absoluto, que presenta plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales, pudiendo vulnerarse el art. 17.2 CE por rebasar el plazo máximo absoluto de 72 horas o porque sin haber transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no procederse a la liberación del detenido ni ponérsele a disposición judicial, siendo esto segundo lo ocurrido en este caso"³⁴

³⁴ El Fundamento Jurídico 4º de la STC 224/2002 recoge: "...Al haberse acabado tales averiguaciones a las 17,57 horas del día 24 de diciembre, pero no ser puesto el detenido a disposición judicial hasta las 9 horas del día 25 de diciembre, careciendo de fundamento al haber finalizado a las 17,57 horas las averiguaciones que el detenido no fuera puesto a disposición judicial y vulnerando el art. 17.2 CE al sobrepasar el límite máximo allí previsto".