

Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros «entretenimientos» de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal

Guillermo PORTILLA CONTRERAS

Durante los años precedentes a la aparición de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), se han desarrollado en nuestro país dos teorías opuestas respecto a las prácticas de privación de libertad efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. Una de las teorías defendía que entre la detención como privación de la libertad y la libertad no caben formas intermedias. Tal afirmación en ningún caso suponía la imposibilidad de la realización de identificaciones, cacheos, o controles policiales. Por el contrario, dichas técnicas de prevención podían llevarse a efecto bien con el consentimiento del ciudadano o sin su aceptación. Si esto último acontece, es decir, si se produce su negativa, el funcionario podía proceder a la realización de cualquiera de esas medidas siempre que estuviera en la creencia de que la persona afectada ha podido participar en la comisión de un delito o falta. Tal restricción de la libertad hasta la aparición de la LOPSC sólo tenía un nombre —detención— y, en consecuencia, el funcionario debía respetar en el ejercicio de esa medida cautelar todas las garantías que prevé el artículo 17 de la Constitución.

Al identificarse cualquier restricción de la libertad con la detención, ello supone, inevitablemente, la necesidad de extender las garantías mencionadas a todas aquellas técnicas en las que se limita, cualquiera que fuera el plazo, la libertad de movimientos del ciudadano. Técnicas que, insisto, sólo encontraban justificación cuando el funcionario actuaba en la creencia racional, objetiva y motivada de que su utilización era imprescindible en la prevención o descubrimiento de un delito o falta. Nuestro Ordenamiento jurídico no admitía ninguna otra restricción de la libertad debido a la ausencia de proporcionalidad entre la negativa a la identificación tras la comisión de una infracción administrativa o (¿) por cualquier otra causa no delictiva y la privación de libertad¹.

Contra esta tesis se demandaba, fundamentalmente desde sectores policiales, la construcción de figuras de carácter procesal-penal, sin configuración legal hasta 1992, que permitieran al funcionario restringir la libertad del ciudadano sin tener que recurrir

a las garantías constitucionales. Ya que la detención por delitos y faltas estaban reguladas legalmente, es de suponer que lo que se estaba exigiendo era la privación de libertad sin garantías constitucionales de los presuntos autores de infracciones administrativas o de cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, sin que sea sospechoso de haber cometido infracción alguna.

Pues bien, como ha quedado expuesto, antes de la aparición de la LOPSC, nuestro ordenamiento no permitía tales actuaciones, salvo en el marco de la detención y reducidas siempre a la sospecha racional de la comisión de delitos o faltas. Sin embargo, a veces, se han justificado algunas de estas actuaciones ilegales. Así, por ejemplo, el «simple control policial superficial» sin indicios delictivos y sin las garantías constitucionales se ha considerado lícito²: el hecho de ser «parados» en la calle para ser identificados, no puede calificarse técnicamente como «detención». Se considera que en estos casos no hay detención ya que ésta sólo afecta a la privación provisional de la libertad por la presunta comisión de un ilícito penal. Por esta razón, se interpreta que las garantías del artículo 17.3 CE no son aplicables a los controles de policía que tienen por finalidad la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia acordada sin indicios previos de infracción penal para «la comprobación por los agentes del orden público de la identidad o estado de los infractores». Asimismo, en otras ocasiones parece que lo importante en la calificación de licitud de la diligencia no ha sido la racionalidad de la sospecha *ex ante* sino la confirmación *ex post* de los indicios irracionales³. De este modo, se sostuvo que, «la conducta de la policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida». En fin, puede afirmarse que en estos supuestos se amparaban judicialmente actuaciones policiales irregulares no recogidas en la legislación procesal penal.

Como alternativa a la anterior posición, afortunadamente, y como no podía ser de otro modo, una determinada línea jurisprudencial consideró que, en

¹ Vid. por todos, Portilla Contreras. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Madrid, 1990

² Cfr. la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 1991. *La Ley*. 1606. Ponente: señor Capó Delgado

do Utiliza como base de su argumentación la providencia del TC de 28 de enero de 1991.

³ Cfr. la STS de 15 de abril de 1993. *La Ley*. 13.142. Ponente: señor De Vega Ruiz.

primer lugar, eran detenciones y, en segundo lugar, ilegales aquellos cacheos y retenciones con fines de identificación que se practicaban sin las garantías del artículo 17 CE⁴. En un sentido similar, la STS de 27 de junio de 1992⁵ consideró que la negativa a la identificación tras haber tirado *una cáscara de plátano* al suelo no justificaba la privación de libertad y, en consecuencia, la detención es ilegal⁶.

El planteamiento defendido en estas sentencias no fue, sin embargo, compartido por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que, en tres providencias dictadas en torno al tema de las diligencias de identificación y cacheo, defendió la tesis según la cual la detención y, por tanto, la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no

representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un *sometimiento no ilegítimo* desde la perspectiva constitucional a las normas de policía⁷.

Según este planteamiento, el ciudadano puede verse obligado a aceptar tales medidas sin que sobre él recaigan indicios racionales de comisión de un delito o falta ya que así —se dice en tales providencias— lo disponen los artículos 11 y 12 de la LOFCSE⁸.

Esta tesis, en mi opinión, se contradice con la línea iniciada por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de julio de 1986 sobre la ilegalidad de la práctica de la «retención», según la cual hay que entender que sólo es lícita la privación de libertad que responde a los criterios establecidos en los artículos 492 y 495 de la LECr⁹. Asimismo, con-

⁴ Cfr. STS de 20 de octubre de 1987 (R.526/1985) Ponente: señor Mórner Muñoz. En esta sentencia se califica como detención ilegal la privación de libertad por hechos que, como máximo, podían ser constitutivos de falta sin que se dieran, además, los requisitos exigidos por el artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵ Cfr. (RAJP 1951/90). Ponente: señor Bacigalupo Zapater.

⁶ Continúan esta misma tendencia otras sentencias como la de 6 de noviembre de 1991 (RAJPa)191 de la AP de Zaragoza. Ponente: señor Pérez Legasa. En ella se consideró ilegal la detención de dos africanos a los que, tras pedirle la identificación y comprobar los documentos que avalaban su estancia y empleo laboral en territorio nacional, se les privó de libertad. Tal sentencia es confirmada posteriormente por la STS de 28 de mayo de 1993 *La Ley*. 13.206. Ponente: señor De Vega Ruiz.

Por otra parte, la sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1991 (*La Ley*. 1992. 1628. Ponente: señor Vidal Andreu) estimó ilegal la detención de un sujeto que fue requerido para subir a un vehículo policial. Posteriormente, se efectuó un breve recorrido hasta lograr que, por radio, se comunicara la verificación de identidad —aun conociendo su domicilio— y la carencia de requisitorias vigentes; ya desde la comisaría se le obligó a desplazarse en coche furgón hasta la sede central de la policía municipal y es en ese lugar donde, al fin, se le devuelve la libertad ambulatoria. Todo ello sin levantar atestado alguno y sin instrucción de derechos como simple incidencia de identificación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el señor De Vega Ruiz —que en esta materia sorprendentemente ha cambiado de criterio en repetidas ocasiones— llegó a considerar que la «simple retención obligada, si es perceptible, se ha de identificar con la detención». Otra postura que avala la posición defendida en el texto es la de la STS de 3 de noviembre de 1992 RA 8879. En este supuesto consideró ilegal el «llevar a una persona contra su voluntad a las dependencias de la policía municipal en donde estuvo retenida cerca de una hora, diciéndosele después sin más, que podía marcharse».

En igual sentido, la STS de 25 de septiembre de 1993 (*La Ley*. 13.424. Ponente: señor Hernández Hernández) consideró ilegal la detención de una persona a la que se le solicitó la identificación debido a que infundió sospechas su actitud de darse la vuelta ante la llegada del coche patrulla. El ciudadano les mostró el carnet de conducir y la carilla de la SS. Pese a identificarse por tales medios, le condujeron a Comisaría, cacheándole previamente, y lo introdujeron en el vehículo policial por su parte trasera, colocándole las esposas. La detención duró una hora.

⁷ Vid. Providencias de la Sala Segunda del TC de 26 de noviembre de 1990 ante el recurso 2252/90 contra sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 18 de junio de 1990, por la que se condena al recurrente, como autor de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de treinta mil pesetas; de 21 de enero de 1991 ante el recurso 2262/90 contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas; de 28 de enero de 1991 ante el recurso 2260/90 contra sentencia

de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condeno a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas.

En todas ellas se subraya que «el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse 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 indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo. «Asimismo, en la Providencia de 28 de enero de 1991, se manifiesta que «esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de libertad» ni atenta contra su derecho a la 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.»

Las citadas providencias tienen su origen en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de control de alcoholemia: en efecto, la sentencia del TC 197/1985 de 7 de octubre considera que no se encuentra en la situación de detenido, «quién, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1 del artículo 340 bis, a) del CP (...) Igualmente se expresa la STC 22/1988 de 18 de febrero. De un modo semejante, la sentencia 30/1962 de 27 de marzo del Tribunal Constitucional italiano subraya que las inspecciones personales constituían prestaciones impuestas y no restricciones físicas a la libertad.

Asimismo la STS 28 de octubre de 1993 RAJP num 16. que defiende que las identificaciones y cacheos no son privaciones de libertad.

En contra de lo expuesto en las citadas sentencias, entiendo que existe privación de libertad —detención— desde el instante en que el ciudadano no consiente la práctica de la prueba, se den o no motivos bastantes de criminalidad; no es necesario, por consiguiente, esperar al resultado del control para afirmar el estado de detención, durante el cual es preceptiva la información y cumplimiento de las garantías del artículo 17 de la Constitución.

⁸ Vid. Artículos 11 y 12 de la LOFCSE.

⁹ Es preciso reconocer que otra sentencia del TC de 19 de diciembre de 1985 num 178, parece otorgar viabilidad a la detención sin indicios de delito, ya que, en relación a la figura del arres-

culca el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; en efecto, la detención de un no sospechoso, es decir, de un ciudadano sobre el que no recaen motivos razonables de haber cometido una infracción o participado en una acción ilícita —delito o falta— es contraria al artículo 5.1,c) del Convenio, ya que este precepto sólo justifica la detención de aquél sobre el que recae o concurre una base objetiva de la que se desprenda su posible participación en el hecho delictivo¹⁰. Pese a esta afirmación, en el caso Guzzardi, el TDH entendía que la medida restrictiva de la libertad —como consecuencia de la aplicación de criterios de prevención general— podía extenderse a aquella persona o categoría de personas que aparentan la peligrosidad por su tendencia permanente a la delincuencia¹¹; y aunque el Tribunal no concreta la forma en que se manifiesta la intención de transgredir la ley, la jurisprudencia de la Comisión viene exigiendo de modo reiterado la comisión previa de una infracción delictiva¹².

Ahora bien, si es cierto que la Comisión ha rechazado que la detención de un no sospechoso sea acorde con el artículo 5.1,c) del Convenio, en el caso *Mc Veigh, O'Neill y Evans contra Reino Unido*, entendió que esta clase de detenciones estaban justificadas en virtud del artículo 5.1, b), que admite la detención de un individuo para garantizar el cumplimiento de una obligación prevista por la ley¹³. Así, mantiene la Comisión que un control de identidad *respeto el principio de la libertad personal* siempre que el ciudadano requerido rehúse tal verificación o cuando el funcionario dude sobre la autenticidad de las señas de identidad que se le ofrecen, en tales supuestos la detención se justifica como medio para

garantizar la ejecución de la obligación. Además, como consecuencia de que la exigencia de entrega inmediata del detenido a la autoridad judicial sólo abarca el apartado c) del número 1 del artículo 5, la Comisión interpreta que tal garantía no se exige en los supuestos de control de identidad del artículo 5.1,b), por lo que justifica —como en caso *Mc Veigh* y otros contra Reino Unido— una detención de cuarenta y cinco horas.

Regresando ahora a las providencias del TC antes citadas, es preciso indicar que éstas fundamentan la «legalidad» de las diligencias de identificación y cacheo de ciudadanos no sospechosos en los artículos 11 y 12 de la LOFCSE; sin embargo, curiosamente, a tenor de aquellos preceptos, los funcionarios no se encuentran facultados para practicar detenciones al efecto de proceder a la identificación de esa clase de personas sino, todo lo contrario, sólo son competentes para la *prevención de delitos* y para la *práctica de la detención* de los que participan en su comisión.

Por todo ello, hay que llegar a la conclusión de que cualquier clase de privación de libertad —identificación o cacheo no realizada voluntariamente— que se efectúe *infringiendo* los preceptos aludidos será ilegal y, en consecuencia, dará lugar al delito de detención ilegal practicada por funcionario público.

Del mismo modo, la solicitud de identificación debe basarse en la creencia racional y bastante del funcionario de que la persona a la que se solicita los datos personales ha participado en la comisión de un delito o falta, pudiendo negarse el ciudadano al procedimiento de identificación siempre que el funcionario no motive la solicitud.

El agente, en aquellos supuestos en los que el ciudadano se identifique, pese a la comisión de una fal-

ta del quebrado, mantuvo que «...ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad». Vid. FJ Tercero. Ahora bien, en esta misma sentencia se indica que tal privación de libertad exige «una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación». Vid. FJ Tercero.

¹⁰ Así lo reconoce el TEDH en la sentencia *Lawless* de 1 de julio de 1961 al indicar que «solo se puede detener a una persona cuando existan indicios racionales de la necesidad de impedirle que cometa una infracción... para ponerla a disposición de la autoridad judicial competente». Vid. Serie A, núm. 3, págs. 51 y 52, aptdo. 14. Del mismo modo, en la sentencia de 29 de noviembre de 1988 —caso *Brogan* y otros—, pese a que en tal supuesto llegue a la conclusión de que no se ha violado el artículo 5.1, al indicar la necesidad de que la privación de libertad se fundamente en la razonable sospecha de que se había cometido una infracción en el sentido del artículo 5.1.c); además señala que dicho precepto exige, igualmente, que la finalidad de la detención y su mantenimiento como preventiva sea la de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial competente. Vid. FJ III BJC 116, págs. 91 y ss.

En relación a esta última sentencia, existe un voto, en parte discrepante del Juez Pinheiro Fannha al entender también violado el artículo 5.1 del Convenio. En efecto, este juez entiende que «se detuvo a los demandantes por las necesidades de la investigación y para reunir medios de prueba, y no “para ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente”». Asimismo, continúa, «no me parece conforme con el Convenio que un agente de policía detenga a una persona por razonables sospechas de estar o de haber estado implicada en la comisión, preparación o instigación de actos terroristas y que no tenga que responder ante

la autoridad judicial para que se pueda fiscalizar si hubo motivos razonables para sospechar».

En la misma línea, existe un voto particular disidente de los jueces Walsh y Carrillo Salcedo que entienden que en tal supuesto se violó el artículo 5.1 del Convenio. El motivo de tal oposición radica en que interpretan que «las detenciones se efectuaron en el caso de autos con el propósito de interrogar a los detenidos en un momento en que no existía ninguna prueba para acusarles. No se consiguieron tales pruebas y hubo de ponerles en libertad». De este modo, entienden que «el Convenio incorpora la presunción de inocencia y consagra así uno de los derechos fundamentales: la protección del individuo contra la injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad. Las circunstancias de la detención inicial y de la preventiva en los casos de auto no eran compatibles con este derecho y, en nuestra opinión, se violó, por tanto, el artículo 5.1; finalmente señalan que «el Convenio no permite una detención para un interrogatorio con la esperanza de conseguir la suficiente información que justifique la acusación».

Igualmente, la detención basada en sospechas no delictivas no concuerda con el artículo 19 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Este precepto dispone que la detención de una persona sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de su participación en un delito.

¹¹ Vid. CEDH caso *Guzzardi* de 6 de noviembre de 1980.

¹² Cfr. Req. núm. 1602/62 *Annuaire* 1964, pág. 169, req. núm. 3001/66, *Recueil* núm. 26 pág. 55.

¹³ En el caso *Mc Veigh, O'Neill y Evans contra Reino Unido* la Comisión interpretó que no conculca el artículo 5.1,b) del Convenio la detención practicada en ejercicio de la legislación antiterrorista —durante cuarenta y cinco horas— de aquellas personas sobre las que no recaían sospechas delictivas. Vid. Req. núm. 8022/77, 8025/77 D. y R. núm. 25, pág. 15.

ta, sólo podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias para la averiguación e identificación del mismo. Igualmente, en el caso de que no llegara a identificarse pero tuviere domicilio, tampoco sería posible la detención, que exclusivamente podría efectuarse en el supuesto de negarse a la identificación, no tener domicilio conocido o no pagar la fianza —proporcional a la falta cometida— que imponga el funcionario¹⁴.

La situación anterior a la entrada en vigor de la LOPSC era, pues, muy clara: no existían facultades legales de identificación, cacheo o control al margen de la detención. Es decir, sólo eran factibles estas intervenciones interpretándolas como detenciones y con las garantías del artículo 17 de la CE. En caso contrario, se estaría en la esfera típica del delito de detención ilegal¹⁵.

Este era el estado de la cuestión hasta que aparece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

En esta Ley, el artículo 20 incorpora la figura de la «retención» al indicar que «Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañaren a de-

pendencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.»¹⁶.

A este y otros preceptos de la citada Ley se presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por noventa y un Diputados al Congreso, el Parlamento de las Islas Baleares y la Junta General del Principado de Asturias y las Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 18 de noviembre de 1993¹⁷, tras declarar la constitucionalidad de este precepto y rompiendo, como se ha visto, con una línea irregular precedente del propio Tribunal que entendía que tales técnicas eran sometimientos no ilegítimos desde la perspectiva constitucional y, por tanto, no tenían la consideración de privación de libertad, reconoce ahora —regresando al planteamiento de la STC de 10 de julio de 1986— 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.

La STC reconoce tácitamente que la LOPSC crea una nueva figura de privación de libertad: la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables. Apoyan la constitucionalidad de esta figura en el artículo 5.1 del Convenio de Roma que admite la privación de libertad para el cumplimiento de una obligación¹⁸.

Se considera que el acompañamiento es una medida de identificación que puede evaluarse como privación de libertad. Ahora bien, se dice que esa privación de libertad no tiene la consideración de una detención preventiva y, por tanto, no reúne las garantías del artículo 17 de la CE.

¹⁴ La ilegalidad de la detención por la comisión de faltas sin las garantías del artículo 495 de la LECr es un criterio defendido en diversas sentencias del Tribunal Supremo; así, en la de 20 de octubre de 1987 se señala que «y es sabido —y los agentes de la Autoridad no pueden ignorarlo que no se puede detener por simples faltas, artículo 495 de la LECr salvo que concurren las circunstancias que allí se concretan, en el caso enjuiciado no era de aplicación, pues aquella tenía un establecimiento abierto al público, y domicilio conocido; por ello su actuación no puede estar justificada por el ejercicio del cargo, al poner de manifiesto la arbitrariedad e improcedencia de tal medida»; por su parte, en la sentencia del TS de 11 de octubre de 1988, se establece que no es lícita la detención llevada a cabo por una falta de desobediencia del artículo 570.5 del Código Penal; de un modo semejante, se expresa la sentencia del TS de 12 de noviembre de 1988; R. 6943.

¹⁵ Es preciso advertir que el Código Penal de 1995 ha modificado la estructura de los delitos de funcionarios y, en concreto, el delito de detención ilegal practicado por funcionario público. La actual configuración regula la detención y la infracción de garantías en tres preceptos diferentes; dos de ellos aparentemente contradictorios entre sí. Así, el artículo 530 sanciona con pena de inhabilitación de cuatro a ocho años a la autoridad o funcionario público que acuerde, practique o prolongue una privación de libertad —siempre que la misma sea practicada en la creencia de la comisión de un delito— sin respetar los plazos legales o sin las garantías constitucionales. Por otro lado, y de forma incoherente, puesto que ya se encuentra regulado en el artículo 530, el artículo 537 sanciona con pena de multa y de inhabilitación especial de dos a cuatro años, a la autoridad o funcionario que obstaculice, limite o no informe de las garantías constitucionales del detenido.

Pese a la evidente superposición de figuras sancionadas de forma diferente, tal regulación, cuando menos, impide que pueda interpretarse —como ha venido haciéndolo hasta ahora un sector de nuestra doctrina— que la vulneración de las garantías del artículo 17 de la CE es impune en relación al delito de detención ilegal.

Junto a los preceptos mencionados, el artículo 167 del nuevo código —entre los delitos contra la libertad— recoge la sanción de la autoridad o funcionario que, fuera de los casos permitidos y, sin mediar causa por delito, realice una privación de libertad. En estos supuestos, la sanción es la mitad superior al delito cometido por particulares más inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Pues bien, respecto a los casos que estamos analizando de identificaciones, cacheos, y otros controles policiales que se lleven a cabo fuera de los casos previstos —indicios de delito, falta o infracción administrativa— y sin mediar causa de delito, el precepto aplicable será el artículo 167. Si, por el contrario, tales medidas se efectúan en el marco de los indicios de criminalidad pero sin respetar las garantías constitucionales, entonces, hay que aplicar el artículo 530.

¹⁶ Vid. por todos, Portilla Contreras. «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana», en *Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*. Ed. Trotta, 1993.

¹⁷ Cfr. STC de 18 de noviembre de 1993. R. 341. Ponente: señor Fernando García-Mon y González.

¹⁸ Algo ciertamente discutible, puesto que no existe obligación legal de identificación salvo cuando el funcionario cumpla con fines de prevención de ilícitos penales.

Tal privación de libertad con fines de identificación sólo puede afectar, según el TC, a personas no identificables que hayan incurrido en una infracción administrativa. Dentro de este ámbito, en cuanto a las garantías aplicables a la identificación de autores de infracciones administrativas, el TC sólo admite la garantía consistente en la explicación de las razones de la diligencia de identificación. En cuanto al plazo, el TC interpreta que la diligencia prevista en el artículo 20.2 de la LOPSC no es indefinida o ilimitada en su duración ya que se utiliza la expresión «tiempo imprescindible», por lo que tal diligencia debe practicarse de manera inmediata y sin dilación alguna. Considera, además, que no son aplicables el resto de las garantías del artículo 17 CE, así, la información sobre el derecho a no declarar, la asistencia letrada, el poder instar un procedimiento de *habeas corpus*, sólo tienen sentido en la detención preventiva. De este modo, se afirma que no se debe informar sobre el derecho a no declarar ya que no se puede interrogar más que sobre datos de la personalidad. Tampoco resulta inexcusable que la identificación se lleve a cabo en presencia de abogado.

Finalmente, se argumenta que el artículo 25.3 de la Constitución, que prohíbe la imposición de sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, no se ve afectado por el artículo 20.2 LOPSC porque no tiene sentido sancionador sino de estricta identificación personal.

En conclusión, la tesis defendida en esta sentencia se basa en la consideración de que la restricción de libertad con fines de identificación es una privación de libertad pero no una detención preventiva. En consecuencia, el detenido en tales circunstancias no goza de todas las garantías que impone el artículo 17 de la Constitución.

En definitiva, la «privación de libertad» de infractores administrativos y de no sospechosos no cuenta con más garantía que la información de la razón de la restricción de la libertad mientras que a la detención por delitos y faltas acompañan todas las garantías del artículo 17 de la CE.

De lo que se trata es de analizar la admisibilidad de que en un Estado democrático sea factible practicar restricciones de la libertad sin motivos o con un fundamento diferente a la existencia real de un delito o falta.

Estamos presenciando un proceso involutivo de recorte de las garantías a la libertad personal ya que esta legislación aumenta las competencias policiales creando un espacio temporal indeterminado para

practicar (¿) diligencias de identificación, sin las garantías constitucionales, de personas que no son sospechosas de haber cometido un ilícito penal. Esto favorece la lesión no sólo de las garantías de la libertad y seguridad sino de otros bienes esenciales a los que se desampara como la integridad física o incluso la misma vida.

Un ejemplo de este retroceso es la eliminación de asistencia letrada al detenido sin tener en cuenta que el interés jurídicamente protegido no es tan sólo el derecho individual subjetivo a la defensa desde el inicio de la detención, sino también su dimensión colectiva, esto es, la necesidad que la sociedad tiene de que ese derecho sea plenamente respetado. Se pretende, por tanto, la desaparición de garantías que se introdujeron en nuestro país en 1983 con la reforma de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la intención de evitar cualquier violencia policial en una de las fases de mayor desprotección del privado de libertad y de restricción de sus derechos.

Veamos ahora cuál es el estado de las restricciones de libertad tras la entrada en vigor de la LOPSC y la aparición de la STC de 18 de noviembre de 1993, que no declaraba inconstitucional el artículo 20 LOPSC. El TS sustenta ya con mayor firmeza, salvo excepciones¹⁹, la licitud de las técnicas de restricción de la libertad.

Así, se ha llegado a afirmar que una detención practicada por sospechas, aun cuando el funcionario reconoce que fue por casualidad, no es una detención ilegal²⁰.

En la línea del TC, se considera que el cacheo no es una detención personal²¹. Por esta razón, el desnudar al detenido para encontrar droga y no informarle de sus derechos no da lugar a la detención ilegal. También suele afirmarse que «El derecho a la libertad no ha sido conculcado por una diligencia policial de cacheo, aunque ello suponga la inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica que en este caso, por ser una mujer la sospechosa, hubo de ser realizada necesariamente en las dependencias policiales... próximas al lugar de la detención.»²²

Una sentencia importante porque resume la discusión y opta por los espacios diferenciados entre la libertad y la privación de libertad, es la STS de 1 de febrero de 1995²³. En la misma se justifica la detención en función de la consecución del objetivo final no de la confirmación de la sospecha. Es decir, volvemos a encontrarnos con restricciones de libertad efectuadas no para demostrar la sospecha ini-

¹⁹ Cfr. STS de 29 de enero de 1994. (RAJP núm. 303). Ponente: señor Bacigalupo Zapater. En la misma se sanciona como detención ilegal, la privación de libertad llevada a cabo tras la infracción de normas de tráfico.

²⁰ Cfr. STS de 15 de noviembre de 1994 (RAJP núm. 50). Ponente: Delgado García. Se trata de un supuesto en el que la policía detuvo a unos jóvenes que se encontraban en un vehículo estacionado junto a las proximidades de un bar conocido como lugar de tráfico y consumición de estupefacientes. «Entendemos que tal conjunto de circunstancias justificaba el que los agentes de la autoridad que allí se encontraban precisamente para prevenir y perseguir el tráfico de drogas, llegaran a pensar razonablemente que quienes estaban dentro del vehículo pudieran ser vendedores de alguna sustancia estupefacientes, por lo que les mandaron salir encontrando sobre el asiento del conductor... las

mencionadas cuatro papelinas de heroína...» Cfr. sentencia citada. Es curioso que el TS, pese a reconocer que uno de los policías asumió en el acto del juicio que la detención se había producido por causalidad, insistió en la existencia de sospechas basándose exclusivamente en tres factores: que eran jóvenes, que se encontraban en el interior de un vehículo y que se encontraban en la puerta de un discobar. Concluye, afirmando que no existió detención ilegal y que, en consecuencia, no puede tacharse de ilegítima la prueba obtenida mediante tal detención y el consiguiente registro del vehículo en el que se encontró la droga

²¹ Cfr. STS de 2 de diciembre de 1994, núm. 64. Ponente: Cotta.

²² Cfr. STS de 23 de diciembre de 1994. (R. 1.271/94). Ponente: Moyna Ménguez.

²³ Cfr. N. 236. R. 1663/94. Ponente: Soto Nieto.

cial —que no existe— sino con carácter aleatorio, en una pura labor de muestreo entre personas de «estatus peligroso». Así, se consideró lícita la privación de libertad que practicaron dos funcionarios de policía de paisano, sin justificación objetiva alguna, procediendo a continuación a registrar la vestimenta. Como consecuencia de tal registro se hallaron pocos gramos de droga tóxica y 16.000 pesetas.

En este caso, la policía ni ofreció explicación alguna de la causa de la detención ni tenía base razonable para pensar en la comisión de un ilícito penal²⁴.

Del mismo modo, la STS de 29 de junio de 1995²⁵ considera como detención lícita la parada de un vehículo para la identificación de sus ocupantes ya que la actuación policial fue necesaria, racional y proporcional. Las sospechas se fundamentan en que los ocupantes del vehículo tenían antecedentes —circunstancia que curiosamente no se conocía antes de la parada— y se encontraban en una actitud «harto recelosa» (el comillado pertenece al texto)²⁶. Se dice que el hallazgo de las drogas en el pie del asiento del automóvil denota el buen fundamento de sus sospechas.

En otras ocasiones, se convierte en lícita la privación de libertad bajo el argumento de que el ciudadano aceptó voluntariamente el acompañamiento policial a Comisaría²⁷.

Rompiendo con esta preocupante involución res-

pecto a las garantías constitucionales, otras sentencias —esta vez de audiencias provinciales— mantienen una línea más correcta²⁸. Se dice, con razón, que es posible la detención por sospechas de que se está cometiendo un delito, pero en ningún caso la LOPSC permite interrogar o investigar a la persona sobre más que los extremos que afectan estrictamente a su detención. Por lo que la detención y posterior cacheo, sin una cobertura justificativa de su actuación, como sería la racional creencia de cometer un delito, es ilegal²⁹.

En una posición similar se desenvuelve la sentencia de la AP de Sevilla de 16 de febrero de 1995³⁰, al considerar que la retención para la práctica de una prueba de alcoholemia, o la retención en la vía pública a efectos de identificación no constituyen detención *strictu sensu*, más cuando un ciudadano se le coge por los brazos por dos agentes policiales, se le introduce en un vehículo policial y se le traslada a las dependencias policiales, tal actuación no puede ser entendida sino como detención³¹.

Esta es la situación actual de la jurisprudencia sobre las restricciones temporales de la libertad. Como se observa, tras la aparición de la LOPSC se admite generalmente la retención con el fin de proceder a la identificación del presunto autor de la comisión de una infracción administrativa.

Ahora bien, en la práctica, todo va a depender de la más o menos extensa interpretación del concepto «sospechas». Lo importante no es que la sospecha

²⁴ En esta sentencia se afirma que «la actuación policial, en el inicio mismo de sus diligencias, debe estar presidida por la máxima cautela, armonizando los deberes gravitantes sobre los agentes tendentes a la prevención e investigación de los delitos... con el respeto a la libertad de las personas sólo sujetas a aquellas inmobilizaciones indispensables para la adecuada identificación y sucinto control que desvanezcan cualquier duda sobre su posible implicación en un hecho delictivo...». Continúa la citada sentencia indicando que «la detención propia cierra el cerco de la libertad de movimiento del individuo y da paso de inmediato, entre otras medidas, a la básica de información de los derechos que le asisten... De ahí que la jurisprudencia más actual venga dejando fuera de toda equiparación con la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución, supuestos tales como retenciones por causa de identificación, cacheos ocasionales, controles preventivos, desplazamientos a dependencias policiales para ciertas diligencias, etc., todo ello en relación con el trato personal prodigado, actitud de los investigados y duración de la diligencia». Se citan como apoyo de esta tesis las SSTS de 15 de abril de 1993 y 20 de diciembre de 1993 que, inspiradas en la STC 20/1985 de 7 de octubre, sustentan que la proporcionalidad es el eje definidor de lo permisible entre la investigación y la dignidad de la persona. En la misma línea, cita las sentencias de 26 de marzo de 1993, 15 de abril de 1993, 20 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 1994. Basándose en estos datos se afirma que el cacheo a que se sometió al acusado fue legítimo y, desde luego, la detención subsiguiente, una vez comprobada la tenencia de estupefaciente, en la cantidad y forma en que la llevaba consigo, perfectamente ajustada al ordenamiento legal. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 1 de febrero de 1995 (R. 846/94) que considera lícita la restricción de la libertad practicada por funcionarios al infundirle sospechas el vehículo en el que viajaban los acusados; por ese motivo les invitaron a parar y se procedió al registro del mismo sin que existiera reticencia alguna. Allí descubrieron el doble fondo en el que se ocultaba el hachís que se acompañaba de ajos y café esparcido y cerrado con silicona... cuando fueron esposados y detenidos siéndole leídos sus derechos. Se dice que no hay atentado a la libertad ya que las diligencias antecedentes fueron realizadas con su aquiescencia, sin oposición alguna.

²⁵ Cfr. R. 3713/94 Ponente: Moyano Ménguez.

²⁶ Cfr. SSTS de 31 de enero y 14 de febrero de 1994 que Moyano utiliza como precedentes.

²⁷ Este es el caso de la STS de 30 de noviembre de 1995. R. 857/95. Rvta. AJP num. 108. Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez. Ya que al aceptar la menor acudir al centro policial por presunta posesión de drogas, aquélla no tenía por qué ser informada de sus derechos ni a la asistencia letrada ni a que se comunicara a sus familiares la razón de la restricción de libertad. Esta sentencia incorpora, como puede contemplarse, un peligroso precedente: el de la ¿renuncia? del ciudadano a derechos fundamentales frente al Estado.

²⁸ Así, la AP de Alicante en sentencia de 17 de febrero de 1995 (a)162. Ponente: señor Paricio y Dobón) considera ilícita la actuación de la Guardia Civil, que no se limitó a las diligencias de identificación de un ciudadano que se encontraba en un bar tomando una consumición sin dinero, identificación que efectivamente se logra, sino que procede a la detención y traslado a las dependencias del Puesto de la Guardia Civil. Después de obtener la identificación, y proceder a su cacheo, sin que se justifique esta actuación, ni conste el motivo del cacheo, es cuando se encuentra una tarjeta del Hostal Portugal de Alicante, de la que deriva la investigación y ocupación de cocaína.

²⁹ Esta sentencia cuenta con un *voto particular* del magistrado Javier Prieto Lozano que indica que las sospechas han de ser razonables y los profesionales disponen para ello de una formación y praxis específica con las que adquieren unas reglas de experiencia que les permiten valorar importantes datos y circunstancias que para el común de las personas pueden parecer intrascendentes, pasando el raciocinio para el experto con frecuencia, del dato a la conclusión de un silogismo directo no siempre fácil de expresar y en segundo término que «*toda sospecha que diligencias ulteriores revelan como acertada, debe de considerarse fundada pues no hay mayor fundamentación que la evidencia*» (el subrayado no pertenece al texto). Es claro pues que las sospechas que en el presente caso abrigaron los agentes policiales y que les llevaron a la práctica de los indicados cacheos, y sobre todo el practicado en la persona del procesado... podrían ser calificadas, y dado el resultado obtenido, como racionales.

³⁰ Cfr. Rvta. AJP. a)201. Ponente: señor Asensio Cantisán.

³¹ Cfr. sentencia citada. En el caso concreto, el ciudadano mostró un documento que acreditaba la titularidad del ciclomotor y solicitó la identificación del policía. «Ninguna justificación tenía la detención, más allá del arbitrario y caprichoso deseo del policía local de trasladarlo a las dependencias policiales».

sea racional sino que se consiga el objetivo policial aunque se carezca de cualquier fundamento en la intervención, cuando lo correcto es precisamente lo contrario: detener con base racional aun cuando realmente el sujeto no haya cometido el ilícito.

Como muestra de lo que afirmo, puede servir de ejemplo lo que en determinados cursos de la policía local se estudia como «anormalidades» que desembocan en sospechas. En este sentido, se dice que debe procederse a la identificación de los sospechosos en las siguientes situaciones: cuando el ciudadano vigile al policía; cuando vigile frente a la puerta de un establecimiento; permanezca inactivo en lugares solitarios; camine junto a los vehículos observando su interior o tocando manetas; pase repetidamente por un lugar; permanezca en la vía largo rato sin motivo aparente; corra como si fuera perseguido por alguien; circule sin llevar llave en el contacto; lleve placas de matrícula mal colocadas o no concordantes o antiguas para el modelo de coche de que se trate; tenga una notable impericia como conductor o circule sin luces; se encuentre ajustando el asiento o el espejo retrovisor a su comodidad; estacione largo rato con alguien en su interior; aparente llevar mucho peso en el portamaletas; tenga el vehículo estacionado en descampados o junto a solares; tenga el vehículo sucio, con alguna puerta abierta o cristal bajado o roto, o con objetos revueltos en su interior...

Analizamos seguidamente, cuál ha sido la reacción doctrinal tras la promulgación de la LOPSC y, posteriormente, la aparición de la STC de 1993. Curiosamente, la doctrina que jamás se había ocupado monográficamente de estas materias³² parece, en estos momentos de euforia antigarantista, repentinamente interesada en ello. Este interés se ha manifestado recientemente a través de la publicación de dos trabajos: uno, de 1994, titulado «La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación» de Herrero Herrero, una publicación del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. El segundo, de 1995, titulado «El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)», de García Morillo³³. En ambos casos, se trata de trabajos legitimadores tanto de la LOPSC en la materia que aquí se aborda como de la STC de 18 de noviembre de 1993, como tendremos ocasión de comprobar.

El primero de los autores citados, Herrero Herrero, califica como detenciones funcionales-operativas las conocidas restricciones temporales de libertad,

utilizando un término hasta hoy desconocido por la Ciencia. Así, dice que estamos ante «especies de "detención" caracterizadas por no revestir "privación de libertad", puesto que no se deja a alguien sin ella. Antes bien, se trata de "entretenerla" o restringirla "in situ", y por muy breve tiempo, con el fin de cumplimentar las exigencias más inmediatas y elementales de la norma». En realidad, subraya, «no se trata de detenciones en el sentido técnico-jurídico del término». Aquí incluye las paradas de vehículos para los controles de alcoholemia, el requerimiento de la identificación, los cacheos, etc.³⁴

Desde el principio se advierte ya una contradicción entre la tesis del autor y la STC en la que se basa, ya que niega que sean auténticas privaciones de libertad lo que el propio TC ya ha afirmado que son privaciones de libertad. Al mismo tiempo, reconoce que las detenciones «funcionales-operativas» son detenciones pues así titula algún epígrafe y se refleja en el contenido de su obra y, sin embargo, lo denomina eufemísticamente «entretenimientos». Más tarde, se confirma la contradicción denunciada y admite que son detenciones pero que pueden graduarse, y que no todas tienen las mismas garantías, que el número y calidad de las mismas dependen de la naturaleza de la detención.

Lo que se pretende es, como ya se ha visto, que las garantías del artículo 17 CE no se observen jamás. Por ello defiende su aplicación cuando sean verdaderamente «eficaces» para el detenido ya que «sería absurdo hablar de garantías contraproducentes para éste». En este sentido, respecto a las denominadas detenciones «funcionales-operativas», considera que la aplicación de todas las formalidades perjudican al detenido; «la presencia de abogado, que no tendría, por lo demás ningún sentido, prolongaría el tiempo de restricción de la libertad ambulatoria. Lo mismo sucedería con el uso del «habeas corpus» y con la puesta en «práctica» del resto de derechos, salvo el de informar al detenido, de forma clara, del porqué del «entretenimiento»³⁵.

Lo expuesto confirma la tendencia ya criticada que tiende a suprimir las garantías constitucionales de las prácticas de restricción de la libertad en las que no hay indicios delictivos. *La referencia a las garantías como obstáculos del ciudadano contrastan con el verdadero y auténtico sentido de las mismas como límite frente al Estado.*

Además, este autor critica al sector doctrinal que afirma la posibilidad de la detención sólo a partir de una infracción penal sin que sean constitucionales otros supuestos de privación de libertad³⁶. Basa su

³² Salvo el libro dedicado a la detención de Vives Antón y Gimeno Sendra y, posteriormente, aunque exclusivamente desde la óptica penal del delito de detención ilegal, Zúñiga Rodríguez y Portilla Contreras. Cfr. Vives Antón/Gimeno Sendra: *La detención (Detenciones ilegales, La detención gubernativa y la detención judicial)*, Barcelona, 1977, Zúñiga Rodríguez: *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993. Portilla Contreras: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990.

³³ Cfr. op. cit. Valencia, 1995.

³⁴ Cfr. op. cit. págs. 18, 19 y 20.

³⁵ Cfr. op. cit. págs. 37 y 38.

³⁶ Cfr. Andrés Ibáñez, Portilla Contreras, Zúñiga Rodríguez, Queralt Jiménez, Gimbernat Ordeig, Vega Benayas. Estos autores sustentan que son detenciones en sentido estricto las conte-

nidas en el artículo 20.1 de la Ley 1/1992), de Protección de la Seguridad Ciudadana y que, por tanto, deben someterse a las garantías del artículo 17.1 de la Constitución.

Herrero Herrero critica a Andrés Ibáñez cuando consideró como detención la identificación callejera y correspondiente cacheo de un par de personas, por parte de agentes de Policía que, según Herrero Herrero, sospecharon razonablemente que aquéllas portaban droga. Cfr. nota número 5 de la pág. 77. No entiendo cómo ha podido sustentar la racionalidad de la sospecha cuando, en realidad, de la simple lectura de los hechos probados se obtiene la conclusión contraria. En efecto, en la Sentencia de 26 de abril de 1991 de la Sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid se analiza el siguiente supuesto: unos agentes policiales «que comparecieron en la comisaría presentando a los detenidos, justificaron su intervención en que "una pareja prove-

crítica en que «la prevención necesita instrumentos (que han de ser evidentemente legales) restringentes, a veces, de las libertades. ¿Cómo, por ejemplo, defender preventivamente, si no, a los ciudadanos en general, de una delincuencia organizada, sofisticada, transnacional, cuyos objetos activos utilizan, por sistema, identidades falsas, si no se provee a los CC y FF de Seguridad (titulares de dicha prevención según el artículo 104 de la CE) de medios legales para proceder a la auténtica identificación? ¿Cómo hacer posible una sociedad civilmente organizada si se deja penetrar en su seno, de forma totalmente anárquica, a toda clase de personas foráneas sin controlar su identidad, sus medios de vida...?»³⁷ Estas son las razones que Herrero Herrero emplea para considerar que deben justificarse “entretenimientos” o restricciones de la libertad ambulatoria que no son detenciones y que “hacen posible la más elemental coactividad del derecho”³⁸.

Es realmente alarmante este tipo de consideraciones xenófobas que, además, no tienen nada que ver con el tema que abordamos. Pues, ¿qué relación existe entre la delincuencia organizada y transnacional y la identificación de no sospechosos o con el cacheo de infractores administrativos? Si se tienen sospechas razonables de la participación delictiva entonces se deberán aplicar los requisitos de la detención por delitos sin que quepa la vulneración de los derechos de ciudadanos extranjeros que no sean sospechosos.

Recientemente, García Morillo ha publicado otro trabajo que sigue una línea similar al anterior. En el mismo se cuestiona y critica al sector doctrinal que identifica la privación de libertad con la detención al considerar que ésta es cualquier forma de obstaculizar la libertad de la persona³⁹. Frente a este concepto «tan amplio», el autor mencionado opone un concepto, según él, más técnico y estricto, de detención que la equipara a la detención policial, por decisión autónoma o por orden judicial, preordenada a la imputación de un delito en un proceso penal...⁴⁰ Según este autor, «las tesis de quienes reducen a la detención las posibilidades de privación o restricción de libertad y niegan la existencia de otros supuestos implica aquello que el Tribunal Constitucional rechaza, la “indebida restricción” del ámbito de las categorías constitucionales, y conduce forzosamente a una de estas dos conclusiones: o a que en toda ocasión en que parezca necesaria una restricción o privación de libertad se proceda a la detención, o a que las situaciones que no sean detención queden desprovistas de las garantías constitucionales»⁴¹.

Sin duda, o no ha leído atentamente las tesis que crítica o pretende confundir al lector aplicando la teo-

ría que defiende de los estados intermedios o, como él prefiere denominarlos, estados «diferentes». Prefiero pensar que se trata de una falta de rigor intelectual al decir que manifestamos lo que nunca hemos dicho. *Defendemos que no existen estados intermedios entre la libertad y la privación de libertad. Por tanto, cualquier restricción de la misma tendrá la consideración de detención y como toda detención debe reunir todas las garantías del artículo 17 de la Constitución. No es la nuestra sino la tesis opuesta la que admite privaciones de libertad que no son detenciones y, en consecuencia, no le son aplicables las garantías citadas.*

Pero es que este autor dice más: «Pretender que toda privación de libertad es una detención es hacer un flaco favor a la libertad personal. Convertir todas las medidas restrictivas o privativas de libertad, que en ocasiones son inevitables, en una detención implica desear que esas dañosas consecuencias se produzcan en casos en los que, al ser innecesaria la detención, hubiesen sido perfectamente evitables.»⁴² Y continúa afirmando «Pero, lo que es más relevante, la identificación con la detención de toda medida privativa o restrictiva de libertad priva a ésta de las garantías constitucionales del derecho a la libertad. En efecto, si toda privación de libertad es una detención, no hay más privación de libertad que la detención, y sólo a esta privación de libertad —la detención— afectan las garantías recogidas en el artículo 17.1 CE. Pero como la realidad es terca, resulta, lo veremos en seguida, que hay una gran variedad de situaciones fácticas de privación o restricción de libertad distintas de la detención. Ahora bien, estas situaciones fácticas no podrían ya, si privación o restricción de libertad se identifica con detención, ser consideradas como tal privación o restricción de libertad, puesto que no serán detención, y, por consiguiente, no estarán amparadas por lo dispuesto en el artículo 17.1 CE. Como previsoriamente anunciará el Tribunal Constitucional, la “indebida restricción” de las categorías constitucionales conduce a que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución.»⁴³

Es realmente indignante que vuelva a repetir el argumento al que ya he contestado. *¿Cómo es posible seguir insistiendo en que desde la teoría que defendemos existen estados intermedios sin garantías constitucionales. si precisamente esa es la teoría opuesta a la nuestra que él concretamente defiende?*

Para que no quepa duda alguna de nuestra postura volveré nuevamente a exponerla: en primer lugar, hasta la aparición de la LOPSC defendimos que sólo era posible la identificación y cacheo de presuntos autores de infracciones penales y que cual-

niente de las casas circundantes se introducía en un coche”, lo que unido a que “ese barrio es visitado por jóvenes ya que en el mismo se trafica con la venta de droga” se tuvo por razón suficiente para la identificación y subsiguiente cacheo». La policía denunció que tras la detención se encontró en poder de la acusada una bolsa con 7,9 gramos de heroína con una riqueza del 35,2 por 100.

En relación a estos hechos, en la sentencia se argumenta que «sólo cabe entender que exista habilitación legal para detener cuando se tengan “motivos racionalmente bastantes” para creer

que ha pasado o está a punto de pasar algo criminalmente relevante. Pero no para ver qué pasa, como puro instrumento de uso discrecional en el marco de una operación policial de muestreo».

³⁷ Cfr. op. cit. pág. 80.

³⁸ Cfr. op. cit. pág. 80.

³⁹ Cfr. op. cit. pág. 77.

⁴⁰ Cfr. op. cit. págs. 77 y 78.

⁴¹ Cfr. pág. 79.

⁴² Cfr. pág. 80.

⁴³ Cfr. op. cit. pág. 80 y 81.

quier otra restricción basada en sospechas de ilícitos administrativos o sospechosos de nada era inconstitucional. Tras la aparición de esa Ley defendemos que se trata de detenciones —toda restricción momentánea de la libertad— y, por tanto, con todas las garantías constitucionales. No hay, en consecuencia, ninguna situación de privación de libertad sustraída a la protección de la Constitución.

Pero no sólo no se conforma con confundir al lector sino que nos injuria al manifestar que «en el fondo, las tesis que niegan los “espacios intermedios” —en puridad, espacios diferentes— conducen for-

zosamente, ante la carencia de otros instrumentos, a la generalización de la detención y, por ende, a la aceptación de la detención arbitraria»⁴⁴. Resulta curioso que esto lo afirme alguien que ha sido asesor del Ministerio de Justicia bajo cuyo mandato se aprobó la LOPSC y que jamás se ha interesado por estos temas frente a autores que, en algún caso, tienen las únicas monografías de este país sobre detenciones ilegales y que, todos, absolutamente todos, desde hace bastante tiempo, no coyunturalmente, vienen defendiendo la libertad y la seguridad personal frente a las intromisiones ilegítimas del Estado.

⁴⁴ Cfr. pág. 85. Para concluir, termina afirmando que «se restrinja la libertad o se prive de ella no es, pues, algo exclusivamente posible por una detención policial originada por la presunta comisión de un delito. Las amenazas a la convivencia pacífica y a los bienes, valores y derechos constitucionalmente consagrados son hoy de muy diversa y compleja índole, y es menester precaverse frente a ellos. Esa precaución exige, a veces, restricciones de la libertad individual en diversos grados. Que estas restricciones sean justificadas y no arbitrarias, admisibles y no gra-

tuitas, proporcionadas y no desmedidas y, en fin, previsibles y no azarosas es la auténtica garantía de la libertad; que la actuación arbitraria, injustificada o desproporcionada tenga consecuencias jurídicas tangibles constituye la mayor disuasión contra la arbitrariedad». Cfr. op.cit. pág. 260. Olvida García Morillo —constitucionalista— que las amenazas a la convivencia pacífica y a los bienes y valores constitucionales suelen considerarse delictivas y ya existen medios lícitos de detención para evitarlas, sin tener que recurrir a espacios de impunidad policial.