

La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado Interino de Derecho Penal (Criminología)
en la Universidad a Distancia

SUMARIO: I. Introducción.—II. Detención preventiva.—III. Información al detenido de sus derechos y razones de la detención.—IV. Facultad del detenido para no declarar.—V. Asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales.—VI. “Habeas corpus”.

I

INTRODUCCION

El contenido del artículo 17 de la Constitución española de 1978 (1) afecta a diversas disciplinas como son el Derecho penal, el procesal y la criminología. Ante la amplitud del tema nos vamos a limitar a presentar una panorámica general del mismo. También se harán algunas referencias a la evolución del texto constitucio-

(1) Establece el artículo 17 de la Constitución:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

4. *La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

nal (2) y sorprende que en los debates parlamentarios se eche en olvido los antecedentes constitucionales de nuestro sistema anterior, así como el Derecho constitucional comparado, que en los temas que aquí se van a tratar hubiera sido un punto de apoyo fundamental para la consolidación de estas garantías.

La Constitución supone un avance notable con relación al Fuero de los Españoles —que quedó derogado—, e incluso respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nos encontramos ahora a la cabeza de las Constituciones más liberales con respecto a los derechos que asisten al ciudadano ante la privación de libertad.

Del contenido del artículo 17 de la Constitución se desprenden las siguientes garantías: 1) el plazo máximo de la detención no podrá exceder de setenta y dos horas; 2) el detenido debe ser informado inmediatamente después de la detención de sus derechos y razones de la misma; 3) el detenido no puede ser obligado a declarar; 4) asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales; 5) «habeas corpus», y 6) se fijará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

De todas las garantías y derechos anteriores nos vamos a ocupar de los cinco primeros, prescindiendo del último, ya que no afecta a la detención preventiva, sino a un período posterior (3).

II

DETENCION PREVENTIVA

I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Establece la Constitución: «*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido será puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*» (art. 17.2).

Sin embargo, en el Anteproyecto la ponencia variaba notablemente su contenido, pues se establecía allí que «la detención preventiva no podría durar más de setenta y dos horas, y el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a la de haberse

(2) El texto definitivo propuesto por el Congreso fue aceptado íntegramente por el Senado, con la única variante en el número tercero de pedir que al final se sustituyera la conjunción “y” por la conjunción “o”. Prevalció el criterio del Congreso, quedando “diligencias policiales y judiciales”.

(3) Sobre este tema véase MATTES, H.: *La prisión preventiva en España*, trad. de Gurdíel Sierra, Madrid, 1975; también nuestra colaboración en la obra *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, Universidad a Distancia, 1978, págs. 175 y ss.

practicado la detención. Dentro de las expresadas setenta y dos horas deberá el juez dictar la oportuna resolución sobre la situación procesal del detenido».

Con la fórmula del Anteproyecto, si la detención era ordenada por el Juez, podrían transcurrir setenta y dos horas entre la detención y la puesta en libertad o mandamiento de prisión; si no procedía de orden judicial el plazo de entrega era de veinticuatro horas, por lo que el Juez sólo disponía de cuarenta y ocho para decretar la libertad o prisión, con lo que se reducía el plazo actual se setenta y dos que establece la L. E. Crim. (4).

Su redacción actual aparece ya en el Anteproyecto de Constitución: Informe de la Ponencia (5), como consecuencia de aceptar en parte una enmienda presentada por un parlamentario del partido gubernamental.

Debates parlamentarios

Con relación al plazo de la detención preventiva se apuntó por algún sector la conveniencia de que las setenta y dos horas se redujeran a veinticuatro, en razón a que la policía debe dedicarse más a investigar que a interrogar y que nada puede hacer ante la negativa del detenido a declarar, ya que la Constitución le concede ese derecho. Se sacó a colación el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece el plazo de veinticuatro horas y sobre lo que volveremos después. Sin embargo, resulta curioso que nuestros diputados no mencionen los antecedentes del Derecho constitucional patrio, donde, como ya se verá, a partir de la Constitución de 1869 se establece el plazo de veinticuatro horas.

Los partidarios de las setenta y dos horas argumentan su postura en base a que ante la moderna delincuencia, veinticuatro horas son insuficientes para la investigación criminal (6).

En el Senado, lo mismo que en el Congreso, se pidió también que constara el plazo que tiene el juez para decidir la libertad o prisión del detenido que ha sido puesto a su disposición. Se pide que figure en el texto constitucional el plazo de setenta y dos horas. Hemos de recordar, como hacíamos en el apartado anterior, que este fue el criterio tradicional a partir de la Constitución de 1869 y que tampoco esgrimen los senadores.

En cuanto al plazo de detención preventiva no se entró en polémica, salvo la intervención de un senador que pidió la supresión

(4) Establece el art. 497 de la L. E. Crim. "Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuera el propio de la causa... elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado".

(5) *B. O. de las Cortes*, núm. 82, de 17 abril 1978.

(6) *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 69, de 18 mayo, 1978.

del plazo de detención, teniendo que ser puesto el detenido a disposición judicial inmediatamente después de su detención, debiendo el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas decidir sobre la libertad o procesamiento (7).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la Constitución de Bayona (1808) no se establece cuál debe ser el tiempo máximo de detención, aunque sí recoge los supuestos de detención arbitraria (art. 132). Sin embargo, se regulaba un procedimiento especial para la detención por supuesta conspiración contra el Estado (8). Se nombraba una comisión compuesta por cinco senadores *cuando las personas presas no han sido puestas en libertad, o entregadas a disposición de los tribunales, dentro de un mes de su prisión* (art. 40). Esta junta recibía el nombre de Junta Senatoria de Libertad Individual, a la que podían recurrir los detenidos, familiares y representantes cuando hubiera transcurrido un mes desde la detención sin haber sido puesto en libertad (art. 41).

Si la Junta estimaba que el *interés del Estado no justificaba la detención prolongada por más de un mes*, hacía un requerimiento al ministro que mandó la prisión —de Policía General— para que se pusiera en *libertad a la persona detenida o la entregue a disposición del tribunal competente* (art. 42). Si después de tres requisitorias consecutivas, realizadas en el plazo de un mes, no se pusiera en libertad a la persona detenida o a disposición de los tribunales ordinarios la Junta pedía que se convocara el Senado, que si hubiera motivos haría la declaración siguiente: *Hay vehementes presunciones de que... está detenido arbitrariamente* (art. 43). El presidente comunicaba al Rey la resolución del Senado, la que se examinaba por una junta compuesta de los presidentes de sección del Consejo de Estado y cinco miembros del Consejo real (art. 43). Sobre este tema volveremos al tratar del derecho de *habeas corpus*, por su afinidad con esta garantía.

La Constitución de Cádiz (1812), que también recoge supuestos de detención arbitraria (art. 299), establece en su artículo 300 que *dentro de las «veinticuatro horas» se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere*. Tampoco con esta fórmula se garantiza el tiempo máximo de detención (9).

(7) *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 43, de 24 agosto 1978.

(8) Disponía el artículo 134 de la Constitución de Bayona: "Si el Gobierno tuviera noticias de que se trama alguna conspiración contra el Estado, el ministro de Policía podrá dar mandamiento de comparecencia y de prisión contra los indiciados como autores y cómplices.

(9) Sin embargo, en el número undécimo del artículo 172 se recoge: "Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de «cuarenta y ocho horas» deberá hacerla entre-

La primera regulación concreta aparece en los Proyectos de Leyes Fundamentales de Bravo Murillo (1852), en lo referente a la Seguridad de las Personas, donde se establecía que los detenidos por la autoridad gubernativa debían ser entregados *al Tribunal competente, en el término de ocho días, contados desde la fecha en que la detención se verifique* (art. 7.º, p. segundo).

En la Constitución de la Monarquía Española (1869) ya se recoge de forma precisa esta garantía, al disponer su artículo 3.º: *Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las «veinticuatro horas» siguientes al acto de la detención.*

Toda detención se dejara sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente.

Esta misma fórmula es la que se va a mantener en todas las Constituciones posteriores. Así se plasma en el artículo 5.º del Proyecto de Constitución Federal de la República Española (1873), en la Constitución de la Monarquía Española de 1876 (artículo 4.º) y de la República Española de 1931 (art. 29).

La fórmula del Fuero de los Españoles (1945) era: *en el plazo de «setenta y dos horas», todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial* (art. 18, p. segundo).

Se observa cómo el Fuero de los Españoles rompe con el sistema tradicional que ofrecía mayor garantía al detenido, ya que en el plazo de *veinticuatro horas* a partir del momento de la detención debía ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial. Esta garantía es menor en el Fuero, pues eleva ese plazo a setenta y dos horas. Esta es, en definitiva, la postura de la Constitución, pues el declarar que *la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos* apenas si tiene valor, pues la policía judicial siempre podrá argumentar que se llegó al límite de las setenta y dos horas en base a las investigaciones, que pueden extenderse al esclarecimiento de presuntos implicados. Sin embargo, siempre cabe la posibilidad de que los hechos queden suficientemente claros mucho antes de las setenta y dos horas, sin posibilidad de implicaciones.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Nuestro sistema es de los que ofrecen menos garantías para el detenido, aunque esto suponga mayor eficacia para el esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, para la lucha contra la crimi-

gar a disposición del tribunal o juez competente". Vemos cómo este plazo de garantía se establece para los presuntos delincuentes políticos, en una época histórica que a escala mundial se estaba mitigando la dureza con que se les perseguía.

nalidad. El límite máximo que suelen establecer las Constituciones es el de las setenta y dos horas, como la española, aunque lo normal es que sea inferior.

En la Constitución mexicana (1917) se establece el plazo de tres días (10); en la Ley Fundamental de Bonn (1949) establece para la policía un plazo que no puede ir más allá del fin del día posterior a la detención (11); la Constitución de Portugal (1976) lo fija en cuarenta y ocho horas (12), mientras que en la de Bulgaria (1971) se reduce a veinticuatro (13), y en la de Venezuela (1961) se eleva a ocho días (14).

Pese a la importancia de esta garantía, no se recoge en todas las Constituciones, sino que se establece en el derecho positivo, así sucede, por ejemplo, en las Constituciones del Congo (1969), Guinea (1973), Cuba (1976) y la URSS (1977).

IV. DECLARACIONES INTERNACIONALES

V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.—El tema de la detención fue tratado de forma especial en este Congreso, celebrado en Ginebra en 1975. Se trató en varios de los documentos, uno de los cuales se refería al *Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso y enmiendas al mismo propuestas en el estudio del derecho a comunicarse*. Se establece en este Proyecto que nadie deberá ser detenido arbitrariamente (15). La detención será un medio excepcional, al que se recurrirá cuando no sea posible utilizar otros procedimientos (16) (17).

(10) Dispone el art. 19 de la Constitución de México que “ninguna detención podrá exceder del término de tres días”.

(11) En la Ley Fundamental de Bonn se establece que “por propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día posterior al de la detención” (art. 104.2); “Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de acto delictuoso ha de ser llevada ante el juez lo más tardar al día posterior de la detención” (art. 104.3).

(12) Establece la Constitución portuguesa: “La prisión sin previa formación de causa se someterá, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a resolución judicial de validez o mantenimiento” (art. 28.1).

(13) Dispone el artículo 48.2 de la Constitución búlgara: “Nadie puede ser detenido más de veinticuatro horas si no es por decisión del tribunal o con sanción del fiscal”.

(14) En la Constitución venezolana se establece: “Las autoridades de policía que hayan practicado medidas de detención preventiva deberán poner al indiciado a la orden del correspondiente Tribunal en un término no mayor de ocho días” (disposición adicional sexta).

(15) A/CONF. 56/6; 56/7; 56/8 y 56/CRP.1.

(16) A/CONF. 56/CRP.1.

(17) Establece el artículo 1.º del Proyecto: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido o preso. La detención o la prisión será arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos de los prescritos por la ley, o b) conforme a lo dispuesto en una ley cuya finalidad sea compatible con el respeto al derecho del individuo a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Solamente se detendrá cuando existan motivos racionales suficientes para creer que el sujeto ha cometido una infracción grave que está penada con privación de libertad por la ley (art. 5) (18). Salvo cuando se sorprende al sujeto en delito *in fraganti* será necesario mandamiento judicial, que se exhibirá a quien se pretende detener inmediatamente después de haberlo dispuesto así la autoridad judicial u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales. En todo caso dicha autoridad debe llegar al convencimiento de que la detención es necesaria (arts. 6 y 7).

El plazo que se establece para la entrega del detenido a la autoridad judicial es de veinticuatro horas, plazo que solamente se podrá prorrogar por la autoridad judicial, en una sola prórroga, que no será superior a otras veinticuatro (art. 10). La duración del mandamiento judicial para la detención sólo tendrá validez para veinticuatro horas.

Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950).—Establece que *toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad* (art. 5.1). *Toda persona detenida o encarcelada... debe ser conducida inmediatamente ante un juez u otro magistrado habilitado* (art. 5.3).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).—Como en el caso de la Convención se condena la detención arbitraria (19). Tampoco se fija un plazo para la puesta a disposición de los detenidos a la autoridad judicial, aunque se establece la brevedad al disponer que «toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante el juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales» (art. 9.3).

V. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

a) Código penal.

Después de la Constitución de 1869 los Códigos penales van a seguir el criterio mantenido en la misma.

Ya en el primero de nuestros Códigos, el de 1822, se regula el plazo de prisión preventiva, estableciéndose el de veinticuatro horas

(18) El artículo 3.º del Proyecto dispone: "La detención o la prisión de una persona sospechosa o acusada de una infracción deberá considerarse una medida excepcional. Siempre que sea posible, en vez de la detención o la prisión, se recurrirá al empleo de citaciones u otras medidas que no entrañen la privación de libertad. No obstante, la persona acusada que habiendo sido citada para comparecer a fin de responder de una acusación dejare de hacerlo sin causa justificada, podrá ser detenida y entregada inmediatamente a la autoridad competente".

(19) Dispone el Pacto Internacional: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, salvo por las causas fijadas por Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" (art. 9.1).

para la presentación del detenido al juez competente (art. 244). Por su parte, el artículo 246 dispone que se comete *delito de detención arbitraria: Primero: cuando el juez, arrojando un individuo, no le recibe su declaración dentro de las veinticuatro horas.*

Cabe destacar de este último artículo, que recoge seis supuestos más de detención arbitraria y establece un sistema de pena del Talión para algunos casos, al disponer su inciso último que *el alcalde u otro funcionario público que por su parte incurra en este delito de detención arbitraria, perderá también su empleo, y será encerrado en la cárcel por otro tanto tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido.*

En el artículo 299 de la Constitución de Cádiz se dice que el delito de detención arbitraria debe ser recogido en el Código criminal, cosa que se hace en el de 1822.

El plazo en el Código de 1848 hay que ir a buscarlo a la Ley Provisional para su aplicación (20).

El Código de 1870 recoge los principios de la Constitución de 1869 estableciendo el plazo de veinticuatro horas como límite máximo entre la detención y puesta del detenido a disposición judicial (art. 212). La detención tenía que ser por funcionario que no fuera autoridad judicial y por razón de delito.

Por otra parte, y en la misma línea de la citada Constitución, se castigaba a la autoridad judicial que no pusiera en libertad o decretara la prisión dentro de las setenta y dos horas siguientes a serle puesto a su disposición un detenido (art. 214.1).

El Código de 1928 se aparta del sistema, limitándose en el único artículo que dedica a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución a declarar que serán «enumerados en la Ley o leyes especiales que al efecto se dicten» (art. 269). Sin embargo, en el artículo 856 —dentro de las disposiciones transitorias se dice que «continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga», aunque con una serie de modificaciones. Al quedar en vigor el artículo 212 del Código de 1870, que establecía el plazo de veinticuatro horas, este período siguió vigente.

Se vuelve en el Código de 1932 al sistema tradicional reflejado en el de 1870, en el artículo 200 se establece el plazo de veinticuatro horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, mientras que en el artículo 202.1 se recoge el de setenta y dos para que la autoridad judicial ponga en libertad o decreta la prisión. Estas mismas garantías se fijan en el Código de 1944, en sus artículos 186 y 188.1 respectivamente.

(20) En la Ley Provisional para la aplicación del Código penal de 1848, de 5-7-1849, se establece el plazo de veinticuatro horas, pudiendo llegar hasta tres días la detención gubernativa en base a la distancia y deficiencias en las comunicaciones, o por causa "irremediable" (Base 29,2.^a).

Con el Fuero de los Españoles hay un cambio notable, ya que en el párrafo segundo de su artículo 18 se eleva a setenta y dos horas el plazo máximo para poner en libertad o entregar a la autoridad judicial a los detenidos. Recordemos que este plazo venía siendo de veinticuatro horas en los Códigos y Constituciones.

Para que el plazo de veinticuatro horas establecido en el artículo 186 no estuviere en pugna con el de setenta y dos establecido en el Fuero de los Españoles, se unificaron ambos plazos modificándose aquél artículo del Código penal, por Decreto de 24 de enero de 1963.

b) *Ley de Enjuiciamiento criminal.*

La fórmula de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido siendo el de las veinticuatro horas mantenidas por nuestro sistema constitucional y penal. Es tradicional el contenido del artículo 496 de aquella ley, que procede de la Ley de 1882, y establece:

El particular, Autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las «veinticuatro horas» siguientes al acto de la misma.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas (21).

También es tradicional el contenido del artículo 497, que impone al Juez o Tribunal la obligación de elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto en el plazo de setenta y dos horas, a contar desde que le fue entregado el detenido, o cuando él mismo hubiera acordado la detención.

De lo anterior se desprende que, por lo menos para los supuestos en que se decreta por el Juez la libertad, interesa que la detención la haga éste, pues queda antes libre, ya que lo máximo que se puede consumir es un período de setenta y dos horas, mientras que siendo detenido por cualquiera de los recogidos en el artículo 496 el tiempo de pérdida de libertad puede ser doble. De todos modos, el delincuente prefiere ser detenido directamente por mandamiento del juez, y pasar a su presencia, que hacerlo antes la policía, ya que por considerar menos experto a aquél en materia de investigación criminal el riesgo de ser descubierto será menor.

En esta Ley se recogen más garantías en relación con el detenido. En el artículo 520 se dice que la detención se hará de forma *que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado*. Por otra parte, en el párrafo primero del artículo 295 se

(21) Este plazo de veinticuatro horas ya se recogía en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 388).

establece la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial de dar cuenta a la Autoridad judicial o al Ministerio fiscal, en el plazo de veinticuatro horas, de las diligencias que hubieren practicado. En caso de haber detenidos dar cuenta de ello estará incluido dentro del contenido de las diligencias. Esto, que en principio parece que no tiene importancia —ya que el artículo 496 obliga a entregar al detenido en ese plazo—, sí que la tiene, pues más adelante veremos la necesidad de que este artículo se modifique y se amplíe el plazo a setenta y dos horas, para estar acorde con el Código penal y la Constitución.

c) *Código de Justicia Militar*

En el Código de Justicia Militar los motivos de detención se recogen en los artículos 668 y siguientes. No se establece el tiempo que puede durar la detención, aunque el artículo 671 dispone que los detenidos se pongan inmediatamente a disposición del Juez instructor. Al no haber normas generales sobre los detenidos y presos, regirán como supletorias las de Derecho común (22). El Juez instructor a quien se entregue un detenido, decretará la libertad o prisión preventiva en el plazo máximo de cinco días (art. 672). La incomunicación, que puede decretarla el Juez tantas veces como crea oportuno, no podrá durar más tiempo que el necesario para evitar confabulaciones de los presuntos culpables entre sí o con personas extrañas (art. 687).

d) *Otros textos legales.*

El plazo de veinticuatro horas establecido en nuestro sistema constitucional y penal anterior al Fuero de los Españoles se recoge en el Reglamento provisional de la Policía Gubernativa de 1930. En su artículo 278 se establecía que los detenidos por razón de delito *no podrán permanecer en las Comisarias, más que el tiempo absolutamente indispensable*; en el artículo 526.7.^a se disponía que las detenciones no podían durar más de veinticuatro horas *sin ser*

(22) Hay que entender, no obstante, que el Código de Justicia Militar ofrece la máxima garantía, al disponer la entrega inmediata de los detenidos. Sin embargo, en todo caso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el Derecho común, que rige como supletorio, es decir, las setenta y dos horas. Se establece en su artículo 671 que “el detenido será puesto inmediatamente a disposición del Juez instructor” (p. primero), cuando la detención sea dispuesta por las Autoridades o Jefes facultados para ordenar la formación de las actuaciones judiciales; “se pondrá sin dilación al detenido a disposición de la Autoridad militar del lugar en que el hecho se hubiere realizado” (p. segundo), cuando la detención sea dispuesta por cualquier militar en caso de delito flagrante o por el Juez instructor del procedimiento.

puestos los detenidos a disposición de la Autoridad competente (23), mientras que en el 242 se recogía lo dispuesto en el artículo 295 de la L. E. Crim. sobre la obligación de comunicar a la Autoridad correspondiente, antes de transcurridas veinticuatro horas, de las diligencias, y en su párrafo segundo no se permitía la detención por simples faltas, en el mismo sentido que el artículo 495 de la L. E. Crim.

El plazo de veinticuatro horas se recoge también en el artículo 15 de la Ley de extradición de 26 de diciembre de 1958 (24).

En el texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953, se establecía en su artículo 66.2 el plazo de veinticuatro horas para poner a los detenidos a disposición del Presidente del Tribunal que sea competente para conocer de la infracción. Este texto queda derogado por la Ley de Contrabando de 17 de julio de 1964, en cuyo artículo 68.2 se mantiene el mismo criterio.

El plazo de setenta y dos horas se establece en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (art. 12.2). En el Proyecto de Ley para su modificación parcial se sigue manteniendo el plazo de setenta y dos horas para las detenciones ordenadas por la autoridad gubernativa (artículo 10.2, c) (25) (26).

En el Decreto sobre Prevención del Terrorismo de 26 de agosto de 1975, se establecía el plazo de ciento veinte horas, es decir, de cinco días (art. 13). No obstante, este artículo quedó derogado por el Decreto-ley de 18 de febrero de 1976, que establecía la vigencia de dicho artículo por un año (27).

En la Ley de 4 de diciembre de 1978, de *medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados*, se establece el plazo de setenta y dos horas para que los detenidos sean puestos a disposición del Juez competente (art. 2.º), mientras que prevé la posibilidad de que se pueda ampliar por siete

(23) Este texto se deroga por el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 1-7-1975, que no se ocupa del tema, remitiéndose a la legislación general.

(24) Establece el art. 15 de la Ley de 26-12-1958, *sobre condiciones, procedimiento y efectos de la extradición*: "... las autoridades gubernativas redactarán el oportuno atestado, y en el plazo de veinticuatro horas siguientes pondrán al detenido, con los objetos y papeles que le hubieren sido ocupados, a disposición del Juez de Instrucción competente...".

(25) Véase *B. O. de las Cortes*, núm. 55, de 1 de febrero 1978).

(26) Sobre plazos de setenta y dos horas véanse: art. 263 de Ley de Régimen Local de 24-6-1955, y art. 47 del Estatuto de Gobernadores Civiles de 10-10-1958.

(27) Este período de cinco días había que considerarlo anticonstitucional, al ir contra las setenta y dos horas establecidas en el artículo 18 del hoy derogado Fuero de los Españoles.

días más, siempre que el Juez lo autorice (28), pudiendo éste revocar la autorización (29).

La Ley anterior, en su disposición final tercera, deroga el Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, sobre *medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados*, que también establecía el plazo de setenta y dos horas, con posibilidad de prórroga (30).

Discordancia entre la Constitución y textos legales.

La situación actual se encuentra como sigue:

En el artículo 17.2 de la Constitución se establece el plazo de setenta y dos horas, lo mismo que el artículo 186 del Código penal, después de la reforma de 24-I-1963.

Se mantiene el plazo de veinticuatro horas en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como el número 1.º del artículo 187 del Código penal.

Podría argumentarse en favor del artículo 496 de la L. E. Crim. donde se recoge el plazo de veinticuatro horas:

1.º Que no se opone a la Constitución, sino todo lo contrario, ya que da una garantía superior al detenido, al reducir el tiempo de detención. Sin embargo, entendemos que el texto constitucional hay que interpretarlo en sus límites reales, quedando claro que son setenta y dos horas. No hay obstáculo que se oponga a que se

(28) Establece el párrafo primero de esta Ley: "... No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal prolongación se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el art. 497 de la L. E. Crim., denegará o autorizará la prolongación propuesta". Si tenemos en cuenta el plazo de setenta y dos horas que se establece en este artículo, la detención se puede prolongar más allá de las primeras setenta y dos horas.

(29) Dispone el párrafo 2.º del art. 2.º: "En cualquier caso, el Juez competente deberá tener conocimiento de la detención en los términos que señala el artículo 497 de la L. E. Crim., y podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente la situación del detenido, pudiendo, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención".

(30) En este Real Decreto-ley se establecía un plazo de setenta y dos horas para poner a los detenidos a disposición del Juez competente. Por otra parte, se preveía la posibilidad de prorrogar la detención gubernativa por el tiempo necesario para la investigación, siempre que lo autorice el Juez (art. 2.º). Sin embargo, en contra de lo que sucedía en el Decreto sobre Prevención del Terrorismo, que establecía un plazo máximo de diez días mediante autorización judicial, en el de Grupos o Bandas Armadas nada se decía, limitándose a establecer que "*podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores*".

Esa prórroga resultaba excesiva y si bien va en beneficio de la investigación criminal y de la sociedad, consideramos atenta contra la garantía constitucional, máxime si se tiene en cuenta que la investigación puede durar meses.

aumenten las garantías, pero no que se impongan, entregando a la autoridad judicial los detenidos lo antes posible.

Finalmente, si el plazo de veinticuatro horas beneficia al detenido, perjudica la investigación sobre los hechos, lo que va en contra de los intereses de la sociedad.

2.º Concordancia entre el artículo 17.2 de la Constitución y el 186 del Código penal, ya que ambos establecen el plazo de setenta y dos horas. Sin embargo, es de veinticuatro en el artículo 496 de la L. E. Crim. para las detenciones efectuadas por «particular, Autoridad o agente de policía judicial».

Si tenemos en cuenta que en el artículo 186 del Código penal se hace referencia a la detención realizada por funcionario público, y que tienen tal condición tanto la autoridad como el agente de la policía judicial, resulta que el plazo de veinticuatro horas solamente regiría para las detenciones efectuadas por los particulares. Aunque esto no parece correcto, sin embargo, la situación no es tan alarmante si tenemos en cuenta que los particulares, aunque pueden detener conforme a lo dispuesto en el artículo 490 de la L. E. Crim., no tienen ninguna facultad para interrogar al culpable, por lo que se justifica que tengan a los detenidos setenta y dos horas. De todos modos hay que considerar derogado el plazo de veinticuatro horas establecido por la L. E. Crim. y debe entenderse que son setenta y dos, pues no puede estar en pugna con la Constitución que es norma preferente.

Otro plazo de veinticuatro y no de setenta y dos horas se encuentra en el número 1.º del artículo 187, que dispone: *El funcionario de prisiones o cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de detenido a cualquier persona y dejare de transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial*. No hay aquí razón alguna para ampliar el plazo, ya que el funcionario que recibe al detenido ha de ser el encargado de su custodia, no debiendo disponer de más tiempo para comunicarlo a la autoridad judicial.

Puede plantearse el problema de cuál es la responsabilidad del funcionario si ese plazo se prorroga por más tiempo, varios días, por ejemplo. Consideramos que la detención, una vez transcurridas las primeras veinticuatro horas sin haber hecho la comunicación, se convierte en ilegal y siendo responsable el funcionario que recibió al detenido. Habría que aplicar también las sanciones del artículo 184, en razón al tiempo transcurrido después de las primeras veinticuatro horas.

En el número 2.º del artículo 187 se establece la responsabilidad de los mismos funcionarios anteriores que no pusieren en *libertad al detenido que no hubiere sido constituido en prisión en las setenta y dos horas siguientes a la en que aquél hubiere puesto la detención en conocimiento de la autoridad judicial*.

Se plantea aquí la misma problemática que en el número primero del citado artículo, para los supuestos de no poner en libertad, como se establece en el número segundo, después de las setenta y

dos horas. Creo que la solución es la misma; es decir, habría que recurrir al artículo 184 (31).

Consumación del delito

El término del plazo de las setenta y dos horas sin poner a disposición de la autoridad competente hay que entenderlo con el transcurso del tiempo material sin que la autoridad se haya hecho cargo del detenido, sin que esa presencia real pueda prolongarse, aunque sea posible alguna excepción.

No queda clara la situación en el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias con respecto del Código penal. Establece en su artículo 6.º: *Cuando por causa de imposibilidad o de urgencia, los agentes de la autoridad o la fuerza pública presentaran detenidos sin el mandamiento correspondiente, el Director del establecimiento los admitirá... dará cuenta inmediata a la autoridad correspondiente, a fin de que ésta libre el oportuno mandamiento de detención o de libertad, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso del detenido en la prisión, procediendo, en caso contrario, a poner en libertad al detenido* (art. 6.º).

No hay contradicción con el artículo 187.1 del Código penal, ya que en el R. S. I. P. lo único que se pide es el mandamiento para legalizar la situación del detenido.

El tema resulta más confuso en el párrafo primero del artículo 7.º al establecer que *si transcurrido el plazo de setenta y dos horas, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Fuero de los Españoles (32), no se hubiera recibido en la prisión el oportuno mandamiento de libertad o de que el detenido sea entregado a la autoridad judicial, el Director lo recabará de la Autoridad que haya ordenado la detención*. Como se observa, aquí se habla del plazo de setenta y dos horas no como límite de responsabilidad, sino para posteriormente pedir el oportuno mandamiento, sin establecerse tampoco lo que sucede si pasan varios días sin que se pida o sin recibir contestación.

En cuanto a los supuestos de que transcurran las setenta y dos horas establecidas en el artículo 186, sin que el detenido se ponga a disposición de la autoridad competente se plantea el problema de si cabe la comisión de otro delito. En el artículo 184 se tipifican las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, que cuando no es superior a tres días la pena es de suspensión, que es la misma que se establece para la figura del artículo 186.

(31) CÓRDOBA RODA se muestra partidario de la aplicación del artículo 187, aunque considera que la solución no es fácil ni resulta satisfactoria, en *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, págs. 322-323; véase también RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1977, págs. 673 y ss.; VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA, *La detención*, Barcelona, 1977, págs. 41 y ss.

(32) Hoy habrá que entender conforme al plazo de setenta y dos horas establecido en el art. 17.2 de la Constitución.

La solución sería: transcurridas las primeras setenta y dos horas se aplicaría el artículo 186, pasado las mismas habrá que aplicar también el 184, en razón al tiempo que dure la detención, que se convierte en ilegal una vez superado el periodo de setenta y dos horas establecido en el artículo 186.

Ni en estos supuestos, ni en los del artículo 187.1, podrá aplicarse el tipo del 480, pues aquí el sujeto activo ha de ser un particular y allí funcionario.

Detención por delito

El plazo de setenta y dos horas solamente se justifica para los supuestos de detención por razón de delito. La L. E. Crim. dispone que *no se podrá detener por simples faltas* (art. 495). Sin embargo, la propia Ley establece una excepción, ya que autoriza la detención por la simple comisión de faltas cuando el presunto reo *no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intenta detenerle* (art. 495).

Detención de presuntos peligrosos

En el Reglamento para la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social se dice que los casos de detención de sujetos en los que se consideren presuntos peligrosos, y para los supuestos en que se presuma que se adoptará por el Juez alguna medida cautelar privativa de libertad, la policía judicial *lo pondrá a disposición de dicha autoridad dentro del plazo legal* (art. 64.3). Este plazo hay que entender que es el de setenta y dos horas y se recoge en el artículo 80.2.

Para los supuestos de peligrosidad la situación no es tan clara como en el Código penal, que se habla de detener a una persona *por razón de delito*. Para los peligrosos es suficiente la presunción, lo que pone en peligro la garantía constitucional, en base a la falta de seguridad jurídica establecida en el artículo 9.3.

Cuando la detención se prolongue más de setenta y dos horas la responsabilidad no habrá que buscarla en el artículo 186 del Código penal, pues se ocupa de detenciones por razón de delito, sino que habrá de recurrirse al artículo 184, ya que la detención se convierte en ilegal al transcurrir aquel plazo.

El mismo criterio habrá que seguir para las detenciones amparadas en la Ley de Orden Público.

III

INFORMACION AL DETENIDO DE SUS DERECHOS Y RAZONES DE LA DETENCION

I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL

Establece el artículo 17.3 de la Constitución: *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención.*

Se recogen dos garantías: a) razones de la detención, y b) ser informado de los derechos que asisten al detenido.

En los debates sobre la Constitución dentro del Congreso se propusieron varias fórmulas para fijar el momento en que al sujeto se le deben comunicar las razones de su detención. Se barajaron las de «*en el plazo más breve posible*», «*el plazo más corto posible*», «*de inmediato*», «*desde el momento de la detención*», «*de forma inmediata*» (33). No se le dedicó en el Senado atención especial al tema, aceptándose la fórmula aprobada en el Congreso, que fue la «*de forma inmediata*».

Consideramos que la fórmula que se mantiene es la más adecuada. Sin embargo, y a fin de conseguir el límite más óptimo de la garantía, estimamos que las razones de la detención deben comunicarse incluso antes de la detención, en un momento inmediatamente anterior, procediendo en el mismo acto, y sin romper la continuidad del mismo, a la detención. No olvidemos que a veces puede detenerse a una persona por error o por motivos no muy sólidos.

Lo que sí debe comunicarse *inmediatamente después de la detención*, son los derechos mínimos que le asisten, y que puede ejercitar en ese momento, precisamente por su situación de detenido. Esto, no obstante, sin perjuicio de que se completen una vez que el sujeto se encuentre en las dependencias policiales o ante el Juez, cuando sea éste quien ordenó la detención.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De este tema no se ha ocupado apenas nuestro sistema constitucional anterior. Cabe destacar lo establecido en la Constitución de Bayona (1808) que con referencia a los requisitos necesarios para practicar la detención se exige que se *explique formalmente el motivo de la prisión y la ley en virtud de la que se manda* (artículo 128). No obstante, esta formalidad se precisa para el que va a efectuar la detención sin que se determine que quien la practica

(33) Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 70, 19 de mayo de 1978.

dé cuenta al detenido, aunque cabe la posibilidad de que se haga en algún caso.

En la Constitución de Cádiz (1812) ya se recoge de forma concreta al disponer su artículo 300 que dentro de las veinticuatro horas posteriores a la detención se *manifestará al tratado como reo la causa de su prisión*.

Las Constituciones posteriores no se ocupan del tema, tal vez por considerar suficiente la regulación en las leyes de contenido procesal. A partir de la Constitución de la Monarquía española de 1869, y al tratar de la garantía de que toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión en el plazo de setenta y dos horas de la entrega del detenido al juez competente, se establece que la resolución que al respecto se dicte se notificará al interesado dentro del mismo plazo, lo que tampoco resuelve la situación (34).

III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

La misma falta de regulación de estas garantías que vimos se aprecia en el sistema constitucional histórico patrio se observa en el campo internacional. Son muy pocas las Constituciones que se ocupan de estos derechos.

Lo encontramos en la Ley Fundamental de Bonn (1949), al disponer que toda persona sospechosa de haber cometido un delito debe ser puesta a disposición judicial lo más tardar al día siguiente de la detención, *debiendo el juez comunicarle las causas de la detención, interrogarla y darle oportunidad para formular objeciones* (art. 104.3). Sin embargo, la información de los motivos de la detención se pospone a la autoridad judicial, no estableciéndose para la policía. No obstante, hay que tener en cuenta los supuestos en que el Juez ordena la detención.

En todo caso consideramos que ha de ser la propia persona que va a efectuar la detención quien debe comunicar al detenido las razones de la misma, sin perjuicio de que el Juez lo corrobore.

También se recoge en la Constitución portuguesa (1976), que en su artículo 28.1 mantiene una fórmula parecida a la alemana: *El juez debe conocer las causas de la detención y comunicarlas al detenido, interrogar a éste y darle oportunidad para que se defienda*. Aquí también se remite a la información del juez. Sin embargo, en el artículo 27.4 se establece: *Toda persona privada de libertad deberá ser informada en el más breve plazo de las razones de su prisión o detención*.

De todas formas, las constituciones, que ya son remisas en materia de comunicar las razones de detención, lo son mucho más en el momento de indicar que al detenido debe comunicársele cuáles son los derechos que le asisten.

(34) Véase art. 501 de la L. E. Crim.

IV. DECLARACIONES INTERNACIONALES

Estos dos derechos constitucionales son un logro de los organismos internacionales en los últimos años, por lo que habrá que esperar su incorporación en las constituciones que se elaboren en lo sucesivo. Nos demuestra esto el que no se recojan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-1948).

Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950).—Establece esta Convención que *toda persona detenida debe ser informada, en el espacio más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de su detención y de cualquier acusación de que sea objeto* (art. 5.2).

No se establece aquí el momento exacto en que el detenido deba ser informado. Sin embargo, al no hacer referencia al Juez, ha de entenderse que debe comunicar las razones de la detención la propia persona que detiene, y en cuanto sea posible. Puede ocurrir que quien practica la detención no pueda informar, por recibir órdenes de un superior o del juez, lo que no es correcto, pues quien realiza una detención debe conocer los motivos.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966).—Dispone el artículo 9.2 de este Pacto que *toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella*.

Esta declaración llega al límite de cuándo debe informarse al detenido, que ha de ser precisamente en el momento de la detención. También debe informarse de las acusaciones formuladas contra el mismo.

Pese a que se recoge el derecho a que se comuniquen los motivos de la detención, no se ocupa de establecer el principio a ser informado el detenido de los derechos que le asisten.

V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1975).—El tema que nos ocupa fue tratado en este Congreso de forma amplia, aunque sólo a efectos de estudio y de recomendación a los países.

La propia Secretaría preparó un documento bajo el epígrafe de «*Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso y enmiendas al mismo propuestas en el estudio del derecho a comunicarse*» (35), del que cabe destacar lo siguiente:

— «*Todo detenido será informado al tiempo de la detención de las razones de ésta y será prontamente notificado de los cargos formulados en contra suya*» (art. 9).

Se garantiza el derecho a ser informado de los motivos de la detención, así como de los cargos que se le formulen (36). La

(35) A/CONF. 56/CRP.1.

(36) Dispone el artículo 9: «*Todo detenido será informado al tiempo de la detención de las razones de ésta y será prontamente notificado de los cargos formulados en contra suya*».

notificación de lo primero será inmediata y la referente a los cargos de forma rápida. Se deduce del texto que quien procede a la detención ha de ser quien informe, por lo que, aunque sea ordenada su conducta por un tercero legalmente autorizado, debe conocer los motivos de la detención para comunicarlo al detenido en el momento mismo de la detención.

— «*Toño detenido o preso, inmediatamente después de ser privado de libertad, deberá ser informado de todos sus derechos y obligaciones y de la manera de hacer valer esos derechos*» (art. 17).

También este artículo es preciso en cuanto al momento en que deben comunicarse los derechos, y, es más, la forma de ejercitarlos. Este último aspecto no es recogido por nuestra Constitución, y aunque se puede interpretar que dentro de la información de los derechos cabe subsumir su forma de ejercicio, no se deduce así del texto constitucional.

En el artículo 17 citado se llega a más, pues se impone a la autoridad judicial y a cualesquiera otros funcionarios competentes la obligación de seguir informando de los derechos y obligaciones en cada fase de las actuaciones. Tampoco esto se recoge en la Constitución española. De todas formas, no consideramos que un texto constitucional deba ser tan meticuloso, por lo que damos por válida la declaración constitucional española, que, por otra parte, dispone que deben *ser informados de la acusación formulada contra ellos* (art. 24.2).

IV. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Los derechos que se vienen exponiendo no se recogían en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distando mucho de la fórmula establecida en el artículo 17.3 de la Constitución. La regulación era insuficiente (37), aunque tras la reforma de aquél texto legal por Ley de 4 de diciembre de 1978 (38), se establece en el párrafo primero del artículo 520: «... Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten».

Cabe destacar que en esta reforma de la L. E. Crim. incluso se

(37) Dentro del Capítulo II del Título VI del Libro II, que se ocupaba de la detención, no había ninguna declaración en este sentido. El contenido de los arts. 302 y 501 era insuficiente. El párrafo primero del artículo 302 queda ahora, tras la reforma de 4-12-1978, como sigue: "Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento".

(38) Por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la L. E. Crim. y se deroga el art. 316 de la misma. Hemos de señalar que esta Ley, como en otras disposiciones que modifican textos legales relacionados con materias penales, aparecen publicadas sin un preámbulo que justifique el cambio de orientación legislativa.

cambia la rúbrica del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, que antes figuraba bajo el epígrafe «Del tratamiento de los detenidos y presos» y ahora se sustituye por la «Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos».

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, para determinados supuestos de medidas cautelares como pueden ser la detención o internamiento preventivo, dispone en el párrafo cuarto del artículo 19 que desde el momento en que se adopte alguna de estas medidas, *el presunto peligroso será instruido de sus derechos*. Sin embargo, no se hace referencia a la comunicación de los motivos que justifican la detención.

V. COMENTARIO

Razones de la detención.—Es una realidad que en muchos casos la policía judicial no ha comunicado al detenido los motivos de la detención, cosa que normalmente tampoco puede hacer cuando es ordenada por la autoridad judicial, pues en la orden de detención no se especifican o se hace de forma incompleta. Por ello hay que aplaudir la declaración constitucional, y en lo sucesivo toda orden de detención debe contener los motivos que la justifican, para así comunicarlos a quien se va a detener.

En el mandamiento para llevar a cabo el auto de prisión se recoge el delito que da lugar al procedimiento (art. 505, p. segundo, L. E. Crim.), lo que es insuficiente.

La policía en ocasiones no comunica al detenido los motivos por considerar que de hacerlo puede perjudicar la investigación criminal, pues a veces supone alguna ventaja para el presunto delincuente, que se defenderá mejor ante las preguntas que se le hagan. De todas formas, esto no justifica que no se le informe de unos y otros derechos, pues lo exige la Constitución.

Tampoco el Juez informa siempre al detenido, ya que no en todos los supuestos ve al sujeto, que suele quedar bajo el control del personal administrativo, que tampoco informan en todos los casos. Desde ahora hay que hacerlo.

Siempre debe informar quien detiene, generalmente la policía judicial, a la que se le debe comunicar previamente las razones de la detención, cuando no lo haga por iniciativa propia.

b) *Derechos del detenido.*

En los debates parlamentarios hubo acuerdo desde un principio sobre este tema, aunque no se hace referencia a qué derechos son los que le asisten. De todos modos, tampoco la Constitución puede hacer una relación de tales derechos, aunque recoja los fundamentales.

Al sujeto debe comunicársele su situación de detenido, lo que

lleva consigo, conforme al artículo 17.3 de la Constitución, la asistencia de una serie de derechos. El tema a dilucidar es cuándo se le deben comunicar y cuáles son.

En todo caso la notificación de derechos ha de hacerse de forma clara, para que el detenido la pueda comprender. Si se trata de un extranjero debe hacerse mediante intérprete, si quien detiene no conoce el idioma de aquél o el extranjero no entiende el castellano. Estas situaciones pueden resolverse, en principio, llevando quien va a detener los derechos recogidos en un documento escrito; esto justifica la conveniencia de que en las Comisarías de policía y Juzgados existan tales escritos en diversos idiomas. También se ha de indicar al detenido la forma en que puede ejercer los derechos que le asisten.

Todos los detenidos serán tratados por igual, sin que pueda haber excepciones por razones de sexo, idioma, religión, raza, ideas políticas o situación económica o social (39).

Derechos anteriores a la detención.—Consideramos que hay un derecho que asiste al sujeto que va a ser detenido. Quien ha de proceder a la detención, una vez comunicada las razones de la misma, debe escuchar las alegaciones del sujeto, de lo que puede resultar:

— Que en los casos de que la detención se vaya a realizar por iniciativa propia de quien le va a practicar decida no realizarla, por aclararse situaciones para él desconocidas.

— Cuando es ordenada por la autoridad correspondiente, el agente que la va a practicar, escuchadas las alegaciones, puede ponerse en contacto con la autoridad para ver si decide un cambio de criterio.

Puede ocurrir que la posible detención se posponga a determinadas averiguaciones o que la situación se convierta en una simple presencia ante la autoridad que ordenó la detención, pudiendo mantener su criterio inicial o desistir.

Hay que evitar las detenciones por error o dudosas, que llevan a una puesta de libertad inmediata, pues estas situaciones perjudican al detenido, tanto en el sufrimiento psíquico como en la trascendencia social.

Derechos en el momento de la detención.—Inmediatamente después de la detención el sujeto debe conocer los derechos que puede ejercitar desde ese momento, incluso antes de salir de su domicilio, en el supuesto de que se le detenga en el mismo. Estimamos que quien practica la detención debe comunicar al detenido los siguientes derechos:

— Momento en que la detención se materializa a efectos de comenzar a correr el plazo de las setenta y dos horas establecido

(39) Establece el párrafo primero del art. 520 de la L. E. Crim. tras la reforma de 4-12-1978: "La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpadó".

en el artículo 17.2 de la Constitución. No caben ambigüedades; la situación ha de ser clara y motivada, para lo que se deberá observar lo dispuesto en los artículos 489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

— Se le comunicará el lugar donde va a ser trasladado.

— Autoridad o agente de la misma que ordena o practica la detención. Por supuesto que previamente a la misma el sujeto se ha de identificar y demostrar que se encuentra capacitado para poder realizarle.

— Podrá comunicar con algún familiar o conocido, de forma oral o escrita, para participarle la situación y el lugar donde será trasladado. Son lamentables las situaciones que a veces se han producido al detener a una persona y no dejarle comunicar con familiares y amigos, por lo menos durante las primeras horas. Es cierto que esto puede perjudicar la investigación criminal, pero esa razón no justifica que los más allegados al detenido no conozcan lo ocurrido y dónde se le puede encontrar (40) (41).

— Podrá tomar algunos enseres personales, cuando la detención se produzca en el lugar de residencia, por si se prolonga o incluso se convierte en prisión.

Hay otros dos derechos constitucionales que también debe conocer y poder ejercitar desde el primer momento y que se encuentran recogidos en el citado artículo 17.3 de la Constitución, y son:

— No puede ser obligado a declarar. Esto es importante para que el detenido se abstenga o no de contestar a las preguntas que le hiciera la persona o personas que proceden a su detención —lo normal es que la detención se practique por dos o más personas, depende de la peligrosidad que puede ofrecer el sujeto— y que pueden formar parte de un interrogatorio.

Hay un derecho intermedio entre la detención y puesta a disposición de la autoridad que ordenó la misma o el traslado a las dependencias correspondientes, cuando se hace por iniciativa propia. Debe procurarse en todo caso, tanto en la detención como en el traslado, ocasionar las menores molestias posibles al detenido, así como procurar que la situación no trascienda al mundo circundante del sujeto. Una detención o traslado llevada a cabo de forma incorrecta —cuando se pueda evitar— que perjudique el crédito del detenido, puede dar lugar a un delito de injurias. Ya se apuntó que el artículo 520 de la L. E. Criminal establece que la detención se hará de forma *que perjudique lo menos posible a la persona y reputación del inculpado*.

(40) Este derecho se recoge en la Ley Fundamental de Boon (1949), al disponer: "De toda decisión judicial que ordene o prolongue una privación de libertad ha de informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza" (art. 104.4).

(41) En el párrafo 5.º del art. 520, tras su nueva redacción, por Ley de 4-12-1978, se establece: "Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia..."

Sin perjuicio de tener en cuenta que el Derecho penal protege el honor de los presuntos culpables igual que el de los ciudadanos honrados, a veces se demuestra la inocencia del que en principio se consideraba culpable, o no se pudo demostrar su participación en el delito, lo que a la postre viene a suponer prácticamente lo mismo. Recordemos lo que dispone la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de que *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad* (art. 11.1); en el mismo sentido se pronuncia el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14.2), la *Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* (art. 6.2) y la propia Constitución española que establece la *presunción de inocencia* (art. 24.2) (42).

Por otra parte, ese traslado se ha de hacer sin demora, a fin de que se resuelva su situación lo antes posible. En este sentido se pronuncia el Pacto Internacional citado (43).

Derechos posteriores a la detención.—Nos referimos aquí a los derechos que deben ser comunicados al detenido cuando se encuentre a disposición de la autoridad que ordenó su detención o a quien incumba iniciar las primeras diligencias.

Parece necesario, para evitar la comunicación de alguno de ellos, o que se haga de forma incompleta, que al detenido se le entregue por escrito cuáles son los derechos que pueda ejercitar y la forma de hacerlo. Esto es lo más cómodo y más seguro, e impide todo tipo de discriminación. Se redactarán en varios idiomas, para poder atender de la misma forma a los extranjeros, que son quienes más dificultades pueden presentar, sobre todo en los primeros momentos.

Aunque es menos necesario, tampoco sería inoportuno que se hiciera con los derechos que consideramos deben comunicarse inmediatamente después de la detención, o que en un principio se le hiciera entrega del escrito conteniéndolos todos. Habrá quien piense que esto es absurdo, pues no se puede esperar a que el detenido los lea completos. Sin embargo, se le pueden leer los que apuntamos, son más urgentes, lo que evita el olvido de alguno; con el papel en la mano el detenido puede ir informándose de su contenido mientras se le traslada o cuando queda en alguna dependencia

(42) Los antecedentes se encuentran en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en cuyo art. 9.º se establecía que toda persona se presumía inocente hasta que fuera declarada culpable".

(43) Se establece en el Pacto que "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario..." (art. 9.3); En el *Proyecto de Principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido...*, cit. (A/CONF.56/CRP.1) se dice que "el detenido será entregado prontamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes..." (art. 10); ya se apuntó que en el Código de Justicia Militar español se establece que el detenido será puesto "inmediatamente a disposición del juez instructor", o "sin dilación al detenido a disposición de la Autoridad militar del lugar en que el hecho se hubiere realizado" (art. 671).

policial o de un juzgado, no olvidemos que a veces están cerrados varias horas antes de que se les tome declaración. Por otra parte, esto sirve para tranquilizar al presunto culpable, al darse cuenta que no se encuentra desamparado ante la justicia.

Parte de los derechos que han de comunicarse al detenido se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, habrá que indicar:

a) Los recogidos en la propia Constitución:

— La detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2). Esto permite que el detenido resuelva colaborar o no con la investigación de los hechos, aunque no tengan obligación de hacerlo.

— No podrán transcurrir más de setenta y dos horas sin ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2). Ya se apuntaron las diferencias que hay con el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece el plazo de veinticuatro horas. Ha de prevalecer el de setenta y dos por ser de rango superior el texto constitucional.

— No puede ser obligado a declarar (art. 17.3). Esto se encuentra recogido en la L. E. Crim. (art. 392), aunque no de forma tan explícita (44).

— Asistencia de abogado (art. 17.3), que se regula en el artículo 520 de la L. E. Crim. tras su reforma por Ley de 4 de diciembre de 1978 (45).

— Procedimiento de «habeas corpus» (art. 17.4), para los supuestos de detención ilegal.

— A ser informado de las acusaciones formuladas contra ellos (art. 24.2).

b) En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recogen otros derechos, entre los que cabe destacar:

— En el término de setenta y dos horas de estar el detenido a disposición de la autoridad judicial, se le pondrá en libertad o se elevará la detención a prisión (art. 497).

— La incomunicación de los detenidos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias, sin que por regla general deba durar más de cinco días (art. 506, p. primero).

— Se permitirá la visita de un ministro de su religión, médicos, parientes o personas que estén en relación de intereses, siempre que no afecten al secreto y éxito del sumario (art. 523).

(44) Establece el párrafo 1.º del art. 392 que "cuando el procesado rehusare contestar o se finja loco, sordo o mudo, el Juez instructor advertirá que, no obstante su silencio y su simulada enfermedad, se continuará la instrucción del proceso".

(45) Véanse arts. 384 y 523 de la L. E. Crim.

— Pueden escribir a los funcionarios superiores del órgano judicial (art. 524).

— Se prohíben los interrogatorios prolongados cuando el procesado haya perdido la serenidad del juicio para contestar a las preguntas que se le hagan (art. 393).

Consideración final

En ocasiones habrá dificultades en poder poner en conocimiento del detenido cuáles son sus derechos, por lo menos los que consideramos más inmediatos y que deben comunicársele nada más practicarse la detención. A veces habrá dificultades por el tipo de delito cometido, alarma producida y peligrosidad del sujeto. No será posible cuando la detención se efectúe por los particulares, conforme a lo establecido en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta es una razón que justifica la necesidad de una regulación especial para las detenciones practicadas por los particulares, en el sentido de que deberán entregar al detenido a autoridades o funcionario capacitado para hacerse cargo en el plazo más breve posible, incurriendo en responsabilidad cuando se demuestre que no se hizo así.

IV

FACULTAD DEL DETENIDO PARA NO DECLARAR

I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

En relación con las personas detenidas establece la Constitución: *no pudiendo ser obligado a declarar* (art. 17.3). Más adelante se recoge también el derecho *a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia* (art. 24.2).

Mientras los derechos del último de los artículos reseñados aparecen ya en el Anteproyecto de Constitución, no ocurre lo mismo con la declaración del artículo 17.3.

II. ANTECEDENTES.

Nos encontramos ante otra declaración que carece de antecedentes en nuestro sistema constitucional y casi lo mismo sucede en el internacional, siendo excepcionales las constituciones que se ocupan del tema. Lo hace la de México (1917), donde se establece que el acusado *no podrá ser compelido a declarar en su contra* (art 20.2).

Se ocupa también de esta garantía el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (46) y las propias Naciones Unidas (47).

La declaración del artículo 17.3 —sin perjuicio de lo establecido en el 24.2— hay que entenderla válida para todas las fases del proceso (48).

Con esta nueva fórmula, la negativa del sujeto a declarar va a impedir el esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, la investigación criminal. La policía judicial y la propia preparación de los jueces ha de ser, de ahora en adelante, mucho más técnica de lo que ha venido siendo. El resultado no creemos sea muy positivo ante el abandono en que se encuentra la Criminología en nuestro país.

Aunque no tenga ningún valor legal, la negativa a declarar del detenido habrá que interpretarla de alguna forma. Lo normal es que quien no ha participado en la comisión de un hecho delictivo así lo manifieste. Sin embargo, la negativa cerrada a contestar a cualquier pregunta que se le haga puede poner en duda la inocencia del sujeto. En relación con este tema queremos recoger aquí lo siguiente:

Las Judges' Rules, formuladas en 1912 y 1918, regían en Inglaterra y Gales y obligaban a los oficiales de la Policía judicial a realizar a los sospechosos que iban a ser interrogados las siguientes advertencias: 1.º *No está usted obligado a hacer declaración, pero si quiere decir algo se podrá hacer constar por escrito lo que diga y utilizarlo como prueba*, y 2.º *¿Quiere usted decir algo? No está usted obligado a hacer una declaración, pero si quiere decir algo, todo lo que se diga se hará constar por escrito y podrá utilizarse como prueba*.

Se llegó a la conclusión de que este sistema beneficia al delincuente, pues esas advertencias sirven para animar al sospechoso a que no declare. Por ello, en 1964, la *Comisión de Revisión del Derecho penal*, creada en 1959, propuso que se sustituyeran las reglas apuntadas anteriormente por las siguientes: *Ha sido usted inculgado... Si existe un hecho cualquiera que tenga usted intención de invocar para su defensa ante el tribunal, se le aconseja que lo indique desde ahora. Si usted dejase de mencionar semejante hecho hasta la audiencia, sus declaraciones podrían parecer entonces menos creíbles, lo cual podría tener lamentables consecuencias so-*

(46) Se establece en el Pacto que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art. 14.3, g).

(47) En el Documento de las Naciones Unidas (A/CONF.56/CRP.1) se recoge lo siguiente: *Nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo. Antes de que el detenido o preso prestare su declaración o fuere interrogado, será informado de su derecho a negarse hacer cualquier declaración* (art. 25).

(48) En la L. E. Crim. se establece en relación con los procesados que cuando rehusaren contestar "el instructor le advertirá que, no obstante su silencio, se continuará la instrucción del proceso" (art. 392, párrafo 1.º).

bre todo su caso. Si usted desea mencionar un hecho ahora y si usted desea que conste por escrito, así se hará (49).

III. INTERROGATORIO JUDICIAL Y POLICIAL.

Con relación al interrogatorio policial se planteaba el problema, antes de la reforma de la L. E. Crim. de 4 de diciembre de 1978, de si la policía estaba facultada para interrogar o no (50), ya que nada se decía al respecto (51). Sin embargo, ahora no hay duda, pues mientras en el artículo 17.3 de la Constitución se establece que se «garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», en el párrafo tercero del artículo 520 de la L. E. Crim., en su actual redacción, se hace referencia al interrogatorio, que se refiere tanto al policial como al judicial.

No se recoge en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, ni en la Ley de Policía, la forma en que debe realizarse el interrogatorio policial. Tampoco se regula de forma concreta en la L. E. Crim., aunque se establezcan ciertas directrices y garantías. Por otra parte, queremos aclarar el error que se aprecia en la opinión pública de que la investigación criminal queda a cargo de la policía, cuando también es función de la propia autoridad judicial.

Ante la falta de unos principios que regulen el interrogatorio policial y la investigación criminal, la policía observará por lo menos las garantías recogidas en la Constitución y las que se establecen en la L. E. Crim. para la actuación judicial. No se debe olvidar que la policía normalmente interviene con sospechosos, no con sujetos convictos y confesos, resultando con frecuencia inocentes o que no se consiga nada positivo en el interrogatorio

(49) Véase KARUNATILEKE, K.: "Las Judges' Rules y las enmiendas propuestas por la Comisión de Revisión del Derecho Penal, en *Revista Internacional de Policía Criminal*, agosto, 1973.

(50) Gimeno Sendra dice que "del régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta que no existe un derecho de los funcionarios de la policía judicial a interrogar al detenido, pues la Ley sólo confía el mismo al Juez Instructor", en *La detención*, cit., pág. 87.

(51) Estimamos que la policía siempre ha estado facultada legalmente para interrogar. Pese al carácter de denuncia que se reconoce en la L. E. Crim. a los atestados policiales o de declaración testimonial a las demás declaraciones presentadas (art. 297), sin embargo, la facultad de interrogar había que deducirla del artículo 282, donde se establece para la policía judicial la obligación de "averiguar los delitos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes..., poniéndolos a disposición de la autoridad judicial". Misiones parecidas se recogen en el artículo 2.º del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17-5-1975 y en el 126 de la propia Constitución. Mayor contenido tiene el artículo 9.º, b) de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978, donde también se atribuyen funciones preventivas a la policía, para lo que son necesarios criminólogos.

e investigación criminal. En ocasiones, por puro azar —o por prepararlo un tercero—, concurren una serie de indicios que acusan a alguien como autor de un delito, cuando en realidad no es así.

Hay que recordar, por otra parte, lo dispuesto en la L. E. Crim.: *En todo caso, los funcionarios de la policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán, bajo su responsabilidad, de usar medios de averiguación que la ley no autorice* (art. 279, p. último).

Con respecto a la actividad del Juez en el interrogatorio e investigación criminal, cabe destacar —dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— lo siguiente:

1. En relación con el sumario, la falta de celo y actividad en la formación de éste lleva consigo la responsabilidad disciplinaria de los Jueces de instrucción y de los municipales en su caso (art. 325).

2. En la inspección ocular el Juez instructor o el que haga las veces recogerá los vestigios o pruebas materiales y los conservará para el juicio oral si fuese posible (art. 326), se establecen las medidas que ha de adoptar en los delitos de robo o de cualquier otro cometido con fractura, escalamiento o violencia (art. 328), así como en los que queden vestigios (artículo 330).

3. En relación con el cuerpo del delito, el Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito... (art. 334); siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuviesen relación con el hecho punible (art. 335); pedirá la colaboración de peritos o de médicos forenses cuando sea necesario (arts. 336 y sigs.).

4. En los artículos 368 y siguientes se recogen las diligencias que el Juez debe practicar para la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales.

5. En el interrogatorio a los procesados el Juez hará que presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (art. 385); las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo (art. 389). Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza (art. 389); se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que constituyan el cuerpo del delito o lo que el Juez considere conveniente, a fin de que los reconozca. Se le interrogará sobre la procedencia de dichos objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder; y *en general será siempre interrogado sobre cualquier otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad* (art. 391); si el procesado rehúsa contestar se continuará la instrucción del proceso (art. 392); la confesión del procesado no exime al Juez de continuar las investigaciones para determinar la verdad de la confesión, la existencia del delito y su participación (art. 406); el inte-

rrogatorio se suspenderá, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma, cuando el mismo hubiere perdido la serenidad de juicio para contestar a lo demás que se le preguntare (art. 393).

6. También se recoge en la L. E. Crim. la forma en que el Juez debe tomar declaración a los testigos (arts. 410 y ss.), a quienes tampoco se podrán hacer preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará la coacción, engaño, promesa o artificio alguno para obligarles o inducirles a declarar en determinado sentido (artículos 439, 709 y 721).

7. En el artículo 286 se establece que cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren para formar el sumario, la autoridad o agente de policía que estuviere interviniendo cesarán en la instrucción de diligencias, que entregarán al Juez, así como todos los efectos recogidos relativos al delito y si hubiere detenidos los pondrá a su disposición.

De todo lo anterior se desprende la participación del Juez en la Investigación criminal, labor que no incumbe solamente a la policía judicial (52). Por esta razón, y teniendo en cuenta que el Juez no recibe en España una preparación especial con respecto de esta misión, caben dos soluciones: a) instruirlo adecuadamente en el terreno criminológico, para que se encuentre capacitado en la investigación criminal, b) crear una verdadera policía judicial, en la que pueda confiar el Juez, por lo que éste podría dedicarse más a elaborar sus resoluciones, pues el exceso de trabajo le impedirá poder dedicarse a la investigación criminal. La mejor solución sería aceptar ambas alternativas, pues aunque el juez no investigue debe tener conocimientos sobre criminología para poder valorar la actuación de la propia policía judicial, o realizar determinadas diligencias cuando lo considere oportuno.

V

ASISTENCIA DE ABOGADO A LOS DETENIDOS

I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Dispone la Constitución que *se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca* (art. 17.3).

(52) Con respecto de la intervención del Fiscal en el sumario, véanse arts. 306, 308, 311, mientras que en el 319 se establece, para los delitos de cierta gravedad, de comprobación difícil o que hayan producido alarma, que el fiscal de la respectiva Audiencia "deberá trasladarse personalmente, o acordar que se trasladen al lugar del suceso algunos de sus subordinados para contribuir con el Juez de instrucción al mejor y más pronto esclarecimiento de los hechos".

Esta fórmula es más flexible que la recogida en el Anteproyecto donde se establecía que toda persona detenida no podía ser *obligada a prestar declaración sin la presencia de abogado* (art. 17.3). Esta fórmula podía interpretarse en el sentido de que era necesario la presencia de un letrado en todo caso, lo que priva al detenido de la posibilidad de renunciar a este asesoramiento y defenderse solo.

Por otra parte, la fórmula del Anteproyecto era ambigua, ya que podía interpretarse que ante la presencia de un letrado el detenido tenía la obligación de declarar, no siendo éste el espíritu de la Constitución.

Asimismo, en el artículo 24.2 de la Constitución se establece que *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado*.

La asistencia de abogado al detenido se ha mantenido en todos los pasos que ha ido dando el Anteproyecto de Constitución hasta su aprobación definitiva, tanto en el Congreso como en el Senado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

No tenemos antecedentes constitucionales en nuestro país de esta garantía y resulta excepcional encontrarla en el terreno internacional. La Constitución portuguesa lo recoge en el sentido de que *el acusado tendrá derecho a la asistencia de un defensor en todos los actos del procedimiento* (art. 32.3). Es un tema que suele dejarse para las leyes procesales.

III. DECLARACIONES INTERNACIONALES.

Se recoge en la *Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, al disponer que todo acusado tiene derecho a la *«asistencia de un defensor de su elección»* art. 6.3, c). En el mismo sentido el artículo 14.3, d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el *Proyecto de Principios sobre Derechos a no ser arbitrariamente detenido...* presentado por la Asamblea en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ya mencionado (A. CONF. 56/CRP. 1), se establece:

— *Desde el momento de su detención, el detenido o preso tendrá derecho a ser asistido por un abogado de su elección* (art. 20).

— *Las entrevistas entre el detenido o preso y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario de policía o del establecimiento, pero éste no deberá hallarse a distancia que le permita oír la conversación* (art. 21).

— *Ningún interrogatorio del detenido o preso o de los testigos*

o peritos deberá efectuarse en ausencia de su abogado, quien tendrá derecho a formular preguntas (art. 22).

Las garantías de este documento son muy amplias, ya que establece la presencia del abogado que defiende los derechos del detenido incluso ante las declaraciones de peritos y testigos, lo que permite una mayor defensa de los intereses de aquél. No olvidemos los problemas que plantea la declaración de los testigos, unas veces interesados por el culpable y otras dispuestos a perjudicarlo, sin menospreciar una serie de anomalías que pueden concurrir en ellos (52 bis).

IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Hasta la reciente reforma de la L. E. Crim., por Ley de 4 de diciembre de 1978, a fin de regular el derecho que tiene todo detenido a la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, conforme dispone el artículo 17.3 de la Constitución, la situación en aquel texto legal era muy deficiente (53). El panorama cambia radicalmente ahora, al establecer el artículo 520 lo siguiente:

«La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado. Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten. En ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare.

Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa.

Desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, el afectado tiene derecho a designar abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio. recabe, en su caso, la lectura del presente artículo e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el abogado, siempre que lo desee.

La Autoridad, bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará, en su caso, la elección de Letrado al Colegio de

(52 bis) Véase nuestro trabajo *Notas sobre criminalística*, cit.

(53) Dispone el art. 384 en su párrafo segundo que "el procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado, mientras no estuviere incomunicado"; en cuanto a detenidos y presos establece el artículo 523 que "la relación con el abogado defensor no podrá impedirse le mientras estuviere en comunicación".

Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del designado, proveerá lo necesario para la intervención de un abogado de oficio en el lugar de custodia.

Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o a la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia y la petición de asistencia de abogado. Cuando se trate de menor edad o de persona incapaz, la Autoridad, bajo cuya custodia esté, tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal. Sin embargo, lo establecido en este párrafo no será de aplicación a los casos en que concurran causas que impliquen un riesgo grave y racional para la seguridad del Estado o de las personas. La aplicación de esta medida requerirá autorización judicial, que será, en todo caso, motivada y se entenderá sin perjuicio de proceder en la forma dispuesta con carácter general en el plazo más breve posible.

Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciese en el lugar donde el detenido se encuentra Letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo primero de este artículo.

Lo dispuesto en el artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en capítulo III del título VI del Libro Segundo de la presente Ley» (54).

De este modo se desarrolla la fórmula constitucional que garantiza la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, en «los términos que la ley establezca» (54 bis).

Si comparamos el texto del artículo 520 con el 17.3 de la Constitución, en base a las razones siguientes:

— Conforme al párrafo tercero del artículo 520 el afectado desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, tiene derecho a solicitar la presencia de un abogado «para que asista al interrogatorio», el que, además, podrá recabar la lectura del artículo 520, así como intervenir en «todo reconocimiento de identidad de que sea objeto».

— En el artículo 17.3 de la Constitución, por el contrario, se establece que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales». El contenido de este texto es más amplio que el de la L. E. Criminal, donde no se permite el asesoramiento al detenido, salvo cuando se violen los derechos que

(54) Este artículo 520 de la L. E. Crim. es el primero del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, que figuraba bajo la rúbrica "Del tratamiento de los detenidos y presos", cambiándose ahora por la nueva fórmula "Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos".

(54 bis) Véase p. último art. 2.º Ley 4-12-1978 sobre delitos de terrorismo cometidos por grupos armados.

asisten al mismo, se le permite «asistir al interrogatorio» y no «la asistencia de abogado al detenido», lo que ha de interpretarse como asesoramiento, no limitándose el abogado a ser un mero espectador cuya función sea la de que se observe la ley.

No se desprende del artículo 520 la posibilidad de que el abogado pueda entrevistarse con el detenido antes del interrogatorio (55). Tampoco se deduce del artículo 17.3 de la Constitución (56).

Pasamos a reseñar las garantías que se establecen ahora en este artículo, sin limitarnos solamente a las que hacen referencia a la asistencia de abogado, aunque algunas ya se encontraban en la redacción anterior del artículo 520:

1. En la detención y prisión provisional se ha de procurar perjudicar lo menos posible a la persona y reputación del inculgado.

2. Se recoge la garantía constitucional de información a los detenidos (o presos) de las causas de la detención y derechos que le asisten (art. 17.3).

3. También se recoge la garantía constitucional de la negativa del detenido a declarar (Art. 17.3).

4. Restricción de la libertad al mínimo indispensable.

5. Notificación a familiares u otras personas la detención.

6. Situación de los menores de edad e incapacitados.

7. Derecho a designar abogado y solicitar su presencia desde el momento de la detención o prisión. Dentro de esta garantía cabe destacar:

— La petición de letrado es voluntaria.

— La negativa a declarar, aunque se persone el abogado en el lugar de la custodia.

— Designación por el Colegio de Abogados de un letrado de oficio cuando no sea posible la actuación del designado por el propio detenido.

— El abogado estará presente en el interrogatorio.

— Podrá entrevistarse con el letrado, con posterioridad a la declaración o la negativa de hacerlo.

— No podrá comenzar el interrogatorio hasta que no hayan transcurrido ocho horas sin la presencia del abogado. Sin embargo, esto no es obstáculo para que el detenido o preso se preste voluntariamente a declarar antes de que transcurra ese plazo o se presente el abogado.

Este artículo presenta serias dificultades, a saber:

— Donde no exista ese turno voluntario para cubrir el turno

(55) El detenido o preso “tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el abogado, siempre que lo desee” (art. 520, p. 4.º).

(56) En el art. 523 de la L. E. Crim. establece para los detenidos y presos que “la relación con el abogado defensor no podrá impedirle mientras estuvieren en comunicación”. Véase también arts. 407, 408, 506 y siguientes sobre la incomunicación.

de oficio habrá que establecerlo obligatorio. Cuando haya una detención deberá ir él que le corresponda. Hasta aquí no hay problemas, aunque el siguiente en la lista deberá estar pendiente de que se practique una nueva detención, que en una ciudad pequeña puede tardar semanas o incluso meses. Resulta absurdo pensar que alguien aceptará el estar pendiente de que se le llame durante tanto tiempo —aunque el margen de las ocho horas permita cierta flexibilidad—, lo probable es que cuando se le intente localizar no se le encuentre; en este caso se llamará al siguiente, que puede no estar en su despacho o domicilio, siendo probable que simule esa ausencia, pues por otra parte, en principio, no tiene obligación de asistir, al no corresponderle según el turno establecido.

— Imaginemos las detenciones que se practiquen después de las diez de la noche, que obligarían al letrado a presentarse en el lugar de custodia a horas intempestivas.

— Pensemos en las detenciones realizadas por la Guardia Civil en pueblos distantes setenta u ochenta kilómetros de un colegio de Abogados, lo que se agrava si es por la noche y todavía más si es en zonas frías, nevando o lloviendo.

— Habrá que establecer unos turnos de interrogatorio, pues el abogado no puede estar setenta y dos horas en unas dependencias de la policía judicial o de un juzgado. ¿Qué ocurre si la policía o el Juez decide interrogar a las tres de la madrugada, porque se ha detenido en ese momento o poco antes —después de que ya se hubiera personado el letrado— por considerar la situación de extrema urgencia, con lo que se puede descubrir la identidad del autor o evitar resultados graves; pensemos en un terrorista que ha puesto un explosivo en un local donde hay público. No va a ser fácil ponerse de acuerdo detenido, policía o Juez y Letrados, lo que llevaría incluso a la necesidad de tener que nombrar más de uno, que complicaría todavía más las cosas.

La misión del letrado, con relación a su asistencia «al interrogatorio» será la de poder recabar la lectura del artículo 520 de la L. E. Crim., intervenir en «todo reconocimiento de identidad de que sea objeto», así como que se cumplan las demás garantías constitucionales, procesales y penales relacionadas con los detenidos o presos. El texto constitucional vimos era más amplio, ya que «asistir» equivale aquí a prestar ayuda.

VI. CONSIDERACIONES CRIMINOLÓGICAS.

La actual redacción del artículo 520 puede llevar a lo siguiente:

La picaresca de los propios letrados para no asistir al interrogatorio puede crear dificultades a la investigación criminal. Es probable que dentro de esas ocho horas de margen que da la Ley procuren ir poco antes que se cumpla el plazo, pues de esta forma han de estar menos tiempo en el lugar donde el detenido se encuentra custodiado.

El letrado no podrá estar setenta y dos horas —aunque sean ocho menos—, pues tendrá otras obligaciones. La situación se agrava si reside en lugar distinto. El letrado dirá que se celebre un interrogatorio rápido, a lo que no pueden acceder ni el Juez ni la Policía. Esto creará una situación incómoda para el letrado que puede resolverla a su favor aconsejando al detenido o preso que se niegue a declarar, amparándose en el derecho constitucional y procesal que le asisten, con lo que el letrado quedaría libre. También puede aconsejarle que declare, pero en el sentido de que manifieste desconocer la comisión del delito en el que se le presume implicado y, por tanto, su posible participación. Tanto una postura como la otra perjudicará la investigación criminal.

Sin embargo, si como ya apuntamos más arriba, no se autoriza en el artículo 520 expresamente que el letrado pueda tener contacto con su patrocinado antes del interrogatorio y, por otra parte, su actuación en el interrogatorio tampoco es la de aconsejar, sino de hacer que se cumplan las garantías legales, no parece fácil que pueda indicarle que no declare o lo haga en tal o cual sentido. Sin embargo, hay que considerar, como ya se apuntó, que conforme a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Constitución el abogado podrá aconsejar al detenido durante el interrogatorio.

Los detenidos, en especial los que ya pasaron por Comisarías o Juzgados, lo normal es que pidan la presencia de un abogado. Salvo en contadas ocasiones se decidirá por el de oficio, que será gratuito. Con esta nueva fórmula se obtienen ciertas ventajas:

— Ganarán posiblemente ocho horas, por lo menos en algunos casos, que son muy importantes, tanto para estar menos tiempo ante la policía —prefieren ir ante el Juez, pues al considerarlo menos experto en materia de interrogatorios estiman que tienen menos riesgos de ser descubiertos—, como para preparar mejor sus contestaciones a las preguntas que se le hagan. En todo caso les convendrá no declarar ante la policía, o hacerlo en sentido de negar toda participación en cualquier delito.

— Las pruebas pueden desaparecer y sus compañeros de delito ponerse en lugar seguro.

Todo esto no va más que en perjuicio de la investigación criminal, la administración de justicia, los letrados, la propia víctima y la sociedad en general, máxime si tenemos en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia Constitución autorizan al detenido para que no declare.

Somos partidarios de la asistencia de letrado, aunque no de que ello suponga el retraso de la investigación criminal. Podía iniciarse el interrogatorio, lo que no es obstáculo, repetimos, para que el detenido se niegue a declarar, pero si voluntariamente está dispuesto a hacerlo, no hay por qué perder la oportunidad de conseguir pruebas que sirvan tanto para la identificación del autor o autores, como para el esclarecimiento total o parcial de los hechos.

Iniciado el interrogatorio el letrado puede presentarse durante esas ocho horas y el detenido puede comunicarle las posibles ano-

malías que se hubieran cometido y que podrían ser constitutivas de delito. Esta flexibilidad evitaría que el letrado pueda estar pendiente de las setenta y dos horas, ya que al final el detenido podría volver a comunicarse con él —o directamente con el Juez—, para denunciar si se produjeran algunas irregularidades.

Pensemos que si el abogado ha de estar pendiente las setenta y dos horas la remuneración ha de ser elevada, que teniendo en cuenta el número de detenidos esa cifra podría elevarse a más de mil millones de pesetas anuales, salvo que el Estado quiera conseguir las garantías constitucionales a costa de los abogados. Por otra parte, con un procedimiento más flexible y prácticamente igual de eficaz, se podrían conseguir mejores resultados en la investigación criminal; además, con el dinero que se ahorrara podría atenderse a la víctima —u otros servicios públicos necesitados—, de la que no se ocupa ni la Constitución, la L.E.Crim., ni otras disposiciones legales. Todas las garantías son para el delincuente; de la víctima nadie se acuerda, parece que tiene el deber de sufrir el delito y sus consecuencias.

En cuanto a lo dispuesto en el párrafo séptimo de que en caso de no presentarse letrado en el plazo de ocho horas *podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes*, hay que considerar que va en contra del espíritu de la propia Constitución. En ésta se dice que *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos* (art. 17.2).

Aunque del párrafo tercero del artículo 520 no se desprende que el detenido no pueda negarse a que le asista un abogado, con lo cual puede prestarse desde un principio a declarar o negarse a ello, sin embargo, lo que no es acertado es que haya que esperar ocho horas —en los casos en que se solicite letrado— sin poder practicar determinadas diligencias *urgentes*. Esto va en contra de la prescripción constitucional de reducir la detención a las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que supondrían un retraso para algunos casos; a veces podría comprobarse la inocencia del sospechoso —o no haber motivos racionales suficientes que justifiquen la detención— antes de transcurrir esas ocho horas y, sin embargo, hay que esperar.

Resulta absurdo retrasar la investigación criminal, cuando sea totalmente ajena al interrogatorio. En contra de lo que establezca la L. E. Criminal, podrá practicarse cualquier diligencia que no tenga relación con el interrogatorio.

Tradicionalmente se ha venido pidiendo la presencia de abogado ante el interrogatorio policial, tal vez por desconfiar más en estos funcionarios que en los Jueces. Sin embargo, el control ahora es tanto para unos como para otros.

Recordemos que de la garantía constitucional de la asistencia de letrado a los detenidos suelen olvidarse las constituciones, siendo materia reservada a las leyes procesales. La situación tal vez:

tenga su justificación si consideramos los problemas que va a crear en nuestro país el nuevo texto del artículo 520. Con esto no queremos negar la asistencia de letrado al detenido, ni que se regule en la L. E. Criminal; sin embargo, sí estimamos que la ley procesal debía haber sido más flexible, permitiendo el interrogatorio desde el primer momento, ya que es fundamental para el esclarecimiento de los hechos en muchos casos; se podrá solicitar la presencia de letrado, pero no debe ser necesario esperar a que llegue, sobre todo si tenemos en cuenta que cabe la negativa del detenido o preso a declarar, que voluntariamente puede posponerla a la llegada del letrado o incluso adelantarla. No olvidemos que la víctima y la sociedad también han de ser protegidas.

El iniciar el interrogatorio desde el primer momento no crearía ninguna restricción a la garantía constitucional, siempre que al detenido o preso se le comunicaran los motivos de la detención y derechos que le asisten, de acuerdo con el artículo 17.3 de la Constitución y del propio párrafo primero del artículo 520 de la L. E. Crim. Cualquier anomalía podrá denunciarla el interrogado al letrado o al propio Juez. Lo que se debe hacer es sancionar con todo rigor a quienes no observan las garantías procesales, penales y constitucionales. Se podría establecer una especie de *Ombudsman* (57), que la propia Constitución prevé con la figura del Defensor del Pueblo recogido en su artículo 54 (58). Sin embargo, no debe olvidarse que la Constitución es tajante al disponer que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales».

VI. LA POLICÍA JUDICIAL.

Pese a las garantías constitucionales, consideramos que hay otros problemas sin resolver. Uno de los más graves es que carecemos de una auténtica policía judicial, pues la amalgama del artículo 283 de la L. E. Crim. es algo tan confuso que no sirve para afrontar el tema. Es necesario la existencia de una policía, con la

(57) En Australia, países escandinavos, etc., el *Ombudsman* (comisionado parlamentario) puede supervisar las actividades de los órganos administrativos y judiciales. En Suecia, si una persona considera que ha sido maltratada por un policía o un funcionario de prisiones puede acudir al comisionado parlamentario, que debe investigar la realidad de los hechos (véase A CONF.56/8). En Finlandia el *ombudsman* vela por el cumplimiento de sus funciones tanto de los funcionarios como de los propios jueces, tomando las medidas correspondientes cuando se violen los derechos de los particulares o haya un exceso de los funcionarios en el límite de su jurisdicción.

(58) Establece el art. 54 de la Constitución: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyos efectos podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales".

adecuada preparación que se precisa en los momentos actuales, no sólo que sirva para la investigación criminal, sino también para mejorar el nivel de cumplimiento de las garantías constitucionales, así como prestar un apoyo importante a la elaboración del sumario (59).

Por otra parte, pretender que el Juez realice toda la labor de investigación que se le encomienda en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es algo realmente imposible en la mayor parte de los casos, en atención a la gran cantidad de trabajo que tienen, no sólo en España, sino prácticamente en todos los países, lo que se refleja en el retraso cada vez mayor de la administración de Justicia, de ahí que se recomiende la despenalización y descriminalización de algunas figuras delictivas, pese a que también se recomienda la criminalización y penalización de otras. Lo cierto es que la delincuencia aumenta en mayor proporción que el personal encargado de su persecución y castigo. El Juez, más que investigar, lo que ha de hacer es comprobar la eficacia de la investigación, así como que se ha llevado a cabo de forma legal. Esta misión se reduciría muchísimo con la existencia de una policía judicial bien preparada.

Si tenemos en cuenta que la función primordial del Juez es la de buscar la adecuación entre culpabilidad y pena (60), no puede dedicarse también a la investigación criminal, función más propia de la policía judicial, pese a la importancia que tiene en el momento de dictar sentencia. No le queda al Juez más solución —salvo contadas ocasiones— que encomendar a la policía judicial la función investigadora fundamental para determinar la culpabilidad, con lo que entra en juego la Criminología. Tampoco los jueces reciben una preparación especial en materias criminológicas.

Creemos que ha llegado el momento de crear una verdadera policía judicial, en la que pueda el Juez confiar plenamente del resultado de sus investigaciones, así como de que se observan todas las garantías legales con respecto de los presuntos culpables. De esta forma, el Juez podrá dedicarse casi exclusivamente a elaborar la sentencia, con lo que se resolverían muchos de los problemas que lleva consigo el retraso de las resoluciones judiciales, pues incluso el no poder dedicar el tiempo necesario a cada delito puede repercutir en la correcta adecuación entre culpabilidad y pena (61).

Con relación a este tema dispone la Constitución que *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca* (art. 126).

(59) El contenido del art. 283 de la L. E. Crim. procede de la Ley de 1882, no siendo hoy posible mantener la estructura de una policía diseñada para la criminalidad de hace un siglo.

(60) A/CONF.56/4).

(61) Sobre este tema véase CÓRDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977; SERRANO GÓMEZ, *Culpabilidad y pena*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 25 junio 1977.

De la propia Constitución se deduce la necesidad de crear una específica policía judicial.

Es necesario la creación de un cuerpo técnico, integrado por universitarios o similares, especialmente Licenciados en Derecho. Es importante que haya criminólogos (se ocuparán de la prevención de delito, planificación de las reformas de la policía, informes criminológicos para el legislador, etc.), químicos y farmacéuticos (que se ocuparán de los laboratorios), médicos (para atender a los detenidos), especialistas en idiomas (que servirán de intérpretes para delincuentes extranjeros, incluso para resolver problemas de delincuencia internacional), técnicos en Informática (organización de ordenadores al servicio de la investigación criminal), etc. Esta situación sólo se resuelve parcialmente en la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 (62).

No podemos decir que disponemos de una policía científica, la que, por otra parte, carece del material técnico y laboratorios necesarios.

Los integrantes de ese Cuerpo no tendrían funciones generales de investigación —sin perjuicio de los informes de laboratorios. Los asesores jurídicos se ocuparían de que la Ley se cumpliera de forma

(62) Establece la Ley de Policía: "Dentro del Cuerpo Superior de Policía se crea el Diploma de Facultativo, cuya obtención se realizará mediante la superación de pruebas o cursos que reglamentariamente se establezcan, y que habilitará a sus titulares para tener acceso a determinados puestos de la organización policial, con independencia de que puedan ocupar las plazas que correspondan a los restantes funcionarios no diplomados del Cuerpo. Para la obtención del Diploma de Facultativo será requisito previo estar en posesión del Título Universitario, de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto, según se determine en cada caso" (artículo 11, c). De este artículo se desprende que el título de Diplomado solamente será para quienes previamente pertenezcan al Cuerpo Superior de Policía, por lo que en principio hay que ser policía, lo que dificulta que puedan venir excelentes especialistas directamente de la calle; por otra parte, la función del diplomado parece que queda supeditada a la posibilidad del ejercicio de funciones policiales. Creemos que lo importante es la especialidad, que ha de ser una escala independiente y nutrirse de personal a quien no se le exija previamente ser funcionario de policía; los concursos debían ser públicos, pudiendo participar cualquier titulado, sin perjuicio de que se reserve un pequeño porcentaje de plazas a turno restringido. Esa escala no ha de tener funciones policiales, aunque puedan realizar informes sobre investigación criminal, como puede ocurrir con los químicos en laboratorios; no han de ser policías en sí, sino especialistas en sus respectivas materias que asesorarán o emitirán informes para la policía o autoridad judicial.

Creemos que con este sistema apenas mejorará la investigación científica de la policía. Es necesario que al titulado universitario, o similar, se le dé la categoría y responsabilidad que le corresponda, por lo que necesariamente se precisa la entrada directa de personal que no tenga ninguna vinculación anterior con la policía. Por otra parte, no se prevé la posibilidad para criminólogos, ya que los diplomados en los Institutos de Criminología no tienen condición de licenciados universitarios. A este respecto hay que tener en cuenta que se atribuye a la policía en la Ley funciones de prevención, en el art. 9.º, a), para lo que es necesario un equipo de criminólogos (véase art. 93 del Reglamento Orgánico).

correcta y no hubiera abusos, a veces por desconocimiento de las leyes. Sería totalmente independiente de la policía dedicada a la investigación.

Para poder actuar de forma correcta la policía, en todos sus niveles, ha de ser apolítica, pues su misión es tratar a los ciudadanos por igual, sin que pueda influir la condición social, política, económica, racial o de cualquier otro tipo. Es más, ante la duda debe inclinarse por la parte más débil, que es muy probable sea la más necesitada de protección. En ningún caso se utilizará a los miembros de la policía con fines políticos, situación de la que desgraciadamente escapa la policía de pocos países. Tampoco debe ocuparse de funciones no policiales.

Ese grupo de especialistas podría prestar una función muy importante en la elaboración del sumario, que llevado correctamente podría liberar al Juez de la labor investigadora lo que no es obstáculo para su revisión cuando lo estime conveniente, así como para determinar la práctica de cuantas diligencias estime oportuno. Sin embargo, su misión se reducirá prácticamente a dictar sentencia.

Los médicos, químicos, etc., podrían dar informes periciales mejor que cualquier otro profesional de estas especialidades, pues tendrían mejor preparación, por dedicarse constantemente a esa labor.

Los Licenciados en Derecho, con la formación que se estime oportuno, podrían dirigir —desde el punto de vista legal— toda la labor policial. Su actuación serviría para hacer observar la Ley, respetándose toda clase de garantías que corresponden al presunto culpable. De esta forma, se le daría más importancia a la labor policial en el sumario de la que normalmente se le concede. No hay que olvidar que es la policía quien mejor conoce el mundo del delito, por lo que, ante una investigación correcta, tiene el Juez más posibilidades de conseguir una mejor adecuación entre culpabilidad y pena.

También esos Licenciados servirían, no sólo para prestigiar a la policía, sino que podrían ser un buen enlace entre ésta y la Autoridad judicial, a veces tan distantes.

En el campo de la despenalización, esos Licenciados en Derecho podrían prestar una labor importante a la Administración de justicia. Algunas de las faltas del libro III del Código penal debían dejar de ser tales, para ser sancionadas administrativamente con una multa. Esa labor podrían hacerla estos licenciados, con lo que se quitaría trabajo a la justicia municipal. Además, si tenemos en cuenta que esas infracciones se resolverían poco después de ser cometidas, no cabe duda que la resolución sería más ajustada a derecho que cuando pasan días o meses; cuanto más se tarda en resolver cualquier tipo de infracción las pruebas resultan más difusas. Incluso se les podría encomendar determinadas funciones en materia de delitos de tráfico.

VI

«HABEAS CORPUS»

I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Dispone el artículo 17.4 de la Constitución: *La Ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.*

Este texto procede ya del Anteproyecto de Constitución de la Ponencia, no habiendo sufrido ninguna modificación.

En los debates parlamentarios no fue objeto de grandes alternativas. En la Comisión del Congreso se pidió por alguno de los enmendantes que fuera suprimido, aunque sin mucho convencimiento. Hubo algún diputado que mezcló el tema de esta garantía con el de la duración de la prisión preventiva. Sin embargo, se aprobó el texto del proyecto por unanimidad.

En la Comisión del Senado se pidió la desaparición del término ilegal, ya que puede dar lugar a graves problemas de interpretación. Por otra parte, se considera que esta garantía se recoge en el propio artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para algunos autores los antecedentes históricos en el Derecho españoles hay que ir a buscarlos a los procedimientos forales del Reino de Aragón, así como en el Derecho vasco, que se consigna hacia el año 1164. Ambos sistemas suelen citarse como antecedentes del propio Derecho inglés. Por otra parte, también el «habeas corpus» se consagra en Castilla en el año 1188, en las Cortes de León (63).

Prescindiendo de estos supuestos, nos vamos a ocupar del Derecho constitucional español. Consideramos que ya en la Constitución de Bayona (1808) tenemos antecedentes del Derecho de «habeas corpus», que se deduce de la atención prestada a determinadas detenciones en supuestos en que se tramara alguna conspiración contra el Estado (64). Si en el plazo de un mes los detenidos no habían sido puestos en libertad o disposición de los tribunales, se nombraba una Junta Senatoria de Libertad Individual (65) a la

(63) Véase RUIZ DEL CASTILLO y CATALÁN DE OCÓN, *Manual de Derecho Político*, Madrid, 1936, págs. 360 y ss.

(64) Establecía el art. 134 de la Constitución de Bayona: "Si el Gobierno tuviere noticias de que se trama alguna conspiración contra el Estado, el ministro de Policía podrá dar mandamiento de la comparecencia y de prisión contra los indiciados como autores y cómplices".

(65) "Una Junta de cinco senadores, nombrados por el mismo Senado, conocerá, en virtud de parte que le da el ministro de Policía General, de las prisiones ejecutadas con arreglo al artículo 134 del título

que podían recurrir directamente las personas presas, sus parientes o representantes (66).

La Junta Senatoria decidía sobre la libertad del detenido o el paso a disposición del tribunal competente (67). Disponía el artículo 43 de la Constitución de Bayona: «Si después de tres requisiciones consecutivas, hechas en el espacio de un mes, la persona detenida no fuese puesta en libertad, o remitida a los tribunales ordinarios, la Junta pedirá que se convoque al Senado, el cual, si hay méritos para ello, hará la siguiente declaración: Hay vehementes presunciones de que N... está detenido arbitrariamente.

El Presidente pondrá en manos del Rey la deliberación motivada del Senado. Esa deliberación se examinaba, por orden del Rey, por «una junta compuesta de los presidentes de sección del Consejo de Estado y cinco individuos del Consejo Real» (art. 44).

Consideramos que aquí se encuentran antecedentes constitucionales del principio de «habeas corpus».

Una regulación más concreta de esta garantía se encuentra en la Constitución de la Monarquía española de 1869 al establecer que «*toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso*» (art. 2.º). El mismo contenido tiene el artículo 14 del Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

A partir de la Constitución de la Monarquía española de 1876, el texto de la Constitución de 1869 se completa al añadir la frase «*y en las leyes*» (68), aunque en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 se suprime la preposición «*en*» (art. 23.4). Tampoco en este Proyecto se hace referencia a la forma de proceder sumariamente.

La Constitución de la República Española de 1931 al ocuparse de la detención establece la fórmula siguiente: «*Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción*

XIII, cuando las personas presas no han sido puestas en libertad, o entregadas a disposición de los tribunales, dentro de un mes de su prisión. Esta Junta se llamará Junta Senatoria de Libertad Individual» (art. 40).

(66) «Todas las personas presas y no puestas en libertad o en juicio dentro del mes de su prisión, podrán recurrir directamente por sí, sus parientes o representantes, y por medio de petición, a la Junta Senatoria de Libertad Individual» (art. 41).

(67) «Cuando la Junta Senatoria entiende que el interés del Estado no justifica la detención prolongada por más de un mes, requerirá al ministro que mandó la prisión, para que haga poner en libertad a la persona detenida o la entrega a disposición del tribunal competente» (artículo 42).

(68) El texto de la Constitución de 1876 era: «Toda persona detenida sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso (art. 5.º, p. último).

de este artículo y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad» (art. 29, p. cuarto).

De los textos anteriores se desprende la raigambre del principio de «*habeas corpus*» en nuestro derecho constitucional.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

La declaración más firme desde el punto de vista histórico es la inglesa «*habeas corpus amendment act*» de 26 de mayo de 1679. Se establecía en ésta que en el plazo de tres días todo sheriff, carcelero o cualquier otro funcionario bajo cuya custodia estuviera un detenido, tenía que responder de los motivos de la detención, cuando se le presentaba una petición de «*habeas corpus*». Sin embargo, ese plazo de tres días era para los supuestos en que la prisión no distara más de veinte millas del lugar en donde se encontraban los jueces; si era superior a veinte millas y no pasaba de cien, el plazo se elevaba a diez días para que realizase la respuesta el encargado de justificar la detención; si la distancia pasaba de cien millas, el carcelero, sheriff o cualquier otro funcionario disponían de un plazo de veinte días para justificar la detención. Se regulaba la responsabilidad de éstos, cuando dejaban de transcurrir el plazo marcado para responder al escrito de «*habeas corpus*» (69).

Resulta excepcional en el Derecho constitucional encontrar una declaración similar al sistema español, donde de forma expresa se haga referencia al principio de «*habeas corpus*». Ya se recoge en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, donde se establece los supuestos en que podía suspenderse, que se reducían a *cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión* (sección 9, p. segundo).

La Constitución portuguesa dedica un artículo a este tema, el 31, que dispone:

«1. Se dará «*habeas corpus*» contra el abuso de poder, por razón de prisión o detención ilegal, y se interpondrá ante el tribunal judicial o consejo de guerra según los casos».

2. La providencia de «*habeas corpus*» podrá ser solicitada por el propio interesado o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos.

3. El juez resolverá en el plazo de ocho días sobre el requerimiento de «*habeas corpus*» en audiencia contradictoria.

Esta Constitución establece un plazo demasiado largo para resolver situaciones tan importantes como pueden ser la detención o prisión ilegales.

En la Ley Fundamental de Bonn (1949) se establece una garantía que reduce la necesidad del derecho de «*habeas corpus*» al disponer que *en todo caso de privación de libertad no fundada en una*

(69) Véase MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1961, págs. 271 y ss.

orden judicial deberá procurarse sin demora alguna una decisión judicial (art. 104.2).

En el párrafo segundo de la disposición transitoria cuarta de la Constitución de Venezuela se dice que *toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo penal que tenga jurisdicción... expida un mandamiento de «habeas corpus»*.

El procedimiento es más rápido que en la Constitución portuguesa, ya que en el plazo de veinticuatro horas el funcionario bajo cuya custodia se encuentre la persona agraviada deberá informar al Juez correspondiente. Este decidirá lo que proceda dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación de la solicitud.

IV. DERECHO POSITIVO.

Conforme se regula el derecho de *«habeas corpus»* en la Constitución española (art. 17.4) no parece que sean muchos los beneficios que pueda tener el ciudadano español, ya que cualquier persona detenida ilegalmente —una vez comprobada esa situación— debe ponerse a disposición judicial, así como el autor.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece el deber de denunciar cualquier delito público presenciado por los particulares (art. 259); también los que tuvieren noticia de alguno por razón de sus cargos, profesiones u oficios (art. 262), así como quienes por cualquier otro medio diferente de los mencionados tuviera conocimiento de la comisión de un delito de los que son perseguibles de oficio (art. 264). En otra parte se recogen las obligaciones en esta materia del Ministerio fiscal (arts. 105 y 271). También ofrece interés el contenido del artículo 286, en cuanto que la policía ha de poner a disposición del Juez los detenidos, cuando se presentare a formar el sumario.

Vemos cómo la L. E. Crim. establece una serie de procedimientos que permiten poner rápidamente cualquier detención ilegal en conocimiento de la autoridad correspondiente. Conforme al artículo 269 de este texto legal: *«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionarios a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiera carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurrirán si desestimase aquélla indebidamente»*.

Conforme queda redactado el número 4 del artículo 17 de la Constitución, no creemos que lleve a una mayor garantía que la existente ya en la legislación penal y procesal, o por lo menos las diferencias no serán notables. No olvidemos que se hace referencia a *«toda persona detenida ilegalmente»*.

Parece que la garantía se refiere para las detenciones ilegales de la autoridad gubernativa (70). Sin embargo, consideramos que debe extenderse a cualquier detención realizada u ordenada por autoridad, incluida la judicial, o funcionario de la policía judicial. Es un derecho constitucional que ampara al ciudadano ante toda detención que no cumple las formalidades legales y que, por tanto, puede ser ilegal.

Si la detención ilegal tiene una rápida solución en nuestro sistema, consideramos que el derecho de «*habeas corpus*» debe tener un contenido más amplio, ya que lo que se persigue es conseguir un procedimiento rápido para que la autoridad judicial decida sobre la legalidad de una detención y, en consecuencia, que esa detención realizada por la autoridad —u ordenada por la misma— continúe o sea revocada. El detenido debe ser presentado al Juez o tribunal correspondiente. Hubiera sido preferible las fórmulas de nuestro sistema constitucional del siglo pasado que no hacía referencia a detenciones ilegales, sino a las realizadas *sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes*.

Si tenemos en cuenta que en plazo de setenta y dos horas habrá que poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial el derecho de «*habeas corpus*» garantizará que el Juez decida sobre la legalidad o no —y en consecuencia que el sujeto siga detenido o quede en libertad —en un plazo inferior. Ya en nuestras constituciones se venía estableciendo que *la ley determinará la forma de proceder sumariamente*. Consideramos que el juez o tribunal competente debe resolver en plazo de veinticuatro horas desde que conoció la posible ilegalidad de la detención. Cuando ésta haya sido ordenada por el Juez, se podrá ejercitar el derecho ante la Audiencia.

(70) Véase *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 70, 19 de mayo 1978).

