DOCUMENTACION

Publica este número del Boletín un extenso y estructurado trabajo de don César Herrero en el que el autor aborda un tema de por sí importante, cual es el de las condiciones jurídico-formales que a tenor del art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben darse para llevar a término la detención de una persona por parte de Autoridad o agente de Policía judicial.

A tal fin, el articulista enfoca su estudio desde tres aspectos: la interpretación técnico-jurídica; la exposición del tema, visto desde la doctrina científica y la panorámica jurisprudencial. Termina con una serie de reflexiones de «lege ferenda» y las oportunas conclusiones.

En particular, el trabajo se centra en el apartado 4.º del referido precepto, dado que el mismo suscita, como a lo largo del artículo se pone de manifiesto, diferencias importantes de criterio entre los autores que se ocupan de esta peculiar problemática.

POLICIA JUDICIAL Y DETENCION: A VUELTAS CON EL ARTICULO 492 DE NUESTRA LEY RITUARIA

Por CÉSAR HERRERO HERRERO
Doctor en Derecho y
Graduado Superior en Criminología

SUMARIO

A. Justificación de las presentes reflexiones y planteamiento del problema.—B. Interpretación técnico-jurídica del art. 492 (y, sobre todo, del núm. 4.º) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—C. Exposición doctrinal en torno a la cuestión tratada.—D. Visión jurisprudencial del tema.—E. Algunas reflexiones «de lege ferenda».—F. Conclusiones.

A. JUSTIFICACION DE LAS PRESENTES REFLEXIONES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En mis frecuentes contactos docentes con miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (tanto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado como de Cuerpos de Policía Local) es constante, por parte suya, la manifestación de una importante inquietud expresada, aproximadamente, en los siguientes términos: «*¿Podemos y debemos detener a una persona sobre la que recaigan indicios racionales de haber cometido un delito, cualquier delito, sea cual sea su clase de pena, ofrezca o no ofrezca fianza de comparecer oportunamente ante la Autoridad Judicial?*»

Surge tal preocupación ante el *contraste* entre el secular comportamiento policial (amparado en la convicción de ser conforme a derecho) de detener en tales supuestos y entre las opiniones contrarias de algunos de los conferenciantes asistentes a los cursos

y seminarios de actualización y especialización organizados por aquellos Cuerpos y Fuerzas.

Huelga subrayar, desde luego, la notable trascendencia práctica de semejantes dubitaciones, por la repercusión que pudieran conllevar para con la operatividad y eficacia policiales.

Creo, por ello, que merece la pena reflexionar sobre cuál sea la «voluntad» de nuestro ordenamiento jurídico en torno a la cuestión de referencia.

Para procurar conseguir ese propósito, voy a analizar la problemática del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo de su número 4.°, desde los aspectos siguientes:

— Interpretación técnico-jurídica.

— Exposición doctrinal.

— Visión jurisprudencial.

— Algunas reflexiones «de lege ferenda».

B. INTERPRETACION TECNICO-JURIDICA

Siguiendo el dictado del artículo 3.1 del Código Civil (1), creo que una adecuada interpretación técnica de un precepto cualquiera de nuestro ordenamiento jurídico supone, al menos, ser llevada a cabo desde tres espacios en forma de círculos concéntricos.

Aplicado lo anterior al artículo 492 de la Ley de E. Criminal, tendríamos que:

(*) En primer lugar (primer círculo), este precepto habrá de ser comprendido a la luz de su contexto remoto. Es decir, en congruencia con toda la legalidad específica. Por un parte, la normativa de carácter interno: Art. 17.1 de la C.E.; arts. 443 y ss. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; arts. 11; 12; 29 y ss. 38 y 53 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; arts. 282; 292 y ss. y 503 de la Ley de E. Criminal; art. 4.° del Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Y, por otra parte, la preceptiva de índole supranacional, reconocida por España: Art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (2); art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y art. 5.°1.c) de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre (3).

---

(1) Este artículo, en su núm. 1 afirma: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

(2) El artículo 9 de esta Declaración dice: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado». (Ver texto en J. R. Parada Vázquez: *Código de Derecho Público. Leyes Políticas y Administrativas;* Marcial Pons Librero-Editor, Madrid 1988, p. 388).

(3) Este artículo 9 del «Pacto Internacional...» en su núm. 1 dice: «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta». Y el núm.

Pues bien. Del análisis de este acervo normativo se deduce, como algo relevante para nuestro discurso jurídico, que:

— La detención, para estar legitimada, ha de estar revestida, entre otras características, de:

• Ausencia de arbitrariedad, lo que es lo mismo: Presencia de las causas fijadas por la ley y con las formalidades establecidas en la misma (4).

Aquí y ahora nos interesa (por las razones más arriba expuestas) determinar cuáles puedan ser las *causas* de detención. Estas no nos son ofrecidas, con precisión, por ninguno de los textos supranacionales de referencia, ya que únicamente el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» insinúa (sólo insinúa) que puede detenerse por «causa de infracción penal» (Art. 9.3). Y el citado art. 5.° de la «Convención Europea» se refiere, tan sólo, a estos efectos, a que existan disposiciones legales de derecho interno y a que estén ausentes medidas arbitrarias por parte de la Autoridad o sus agentes, aunque explicita que puede detenerse preventivamente por haberse cometido una infracción. ¿Qué clase de infracción?

El Derecho interno, sin embargo, es constante en asegurar que la Autoridad y los agentes de policía (en funciones de policía judicial) han de detener siempre que medie la existencia de *«nuevo» delito*. En efecto. El art. 126 de nuestra Carta Magna plasma las dos grandes funciones de la Policía judicial, señalando, como tales, la averiguación del *delito* y el descubrimiento y *aseguramiento* del delincuente.

Nomenclatura («aseguramiento» del delincuente) que se conserva en el art. 443 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («in genere»), así como en los arts. 4.° y 5.° del Real-Decreto 769/1987 de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial.

El art. 445.1. de la Ley Orgánica 6/1985, sin embargo, utiliza el término de detención al referirse a las misiones de la Policía Judicial en sentido específico. El art. 29.1. de la Ley Orgánica, 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en el art. 29.1. se remite al mencionar tales funciones al artículo 126 de la Constitución que, como ha quedado dicho, usa la palabra «aseguramiento». Pero, en su art. 11.1.g) se sirve también del término *detención* para señalar una de las misiones fundamentales del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. Cuerpos que, en funciones de Policía judicial, han de «investigar los delitos para descubrir y *detener* a los culpables...

Tanto esta norma orgánica (en lugar previamente citado) como la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 282, disponen, por lo demás, que tanto los delincuentes «descubiertos» como los efectos e instrumentos de prueba del delito, han de ser puestos a disposición de la Autoridad judicial competente. Disposición que, como es evidente, supone la *detención* del presunto autor del correspondiente ilícito.

3: «Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...» (Ver texto en obra ant. cit., pp. 14 y 15). El artículo 5.° de la «Convención Europea» afirma en su núm. 1, c): «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido». (*Normas Españolas de Derecho Penal Internacional* (libro Colectivo), Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 24-25).

(4) Arts. 17.1 de la Constit. Española: art. 9 de los dos Documentos Supranacionales precedentes.

Por si fuera poco la anterior expresión normativa, el artículo 292 de nuestra misma Ley Rituaria fija, para los funcionarios de Policía judicial, la obligación de formalizar, por escrito, un atestado de las diligencias por ellos practicadas con ocasión de algún acontecimiento delictivo. Atestado en el que se hará constar, «con la mayor exactitud», los hechos averiguados por ellos mismos, las declaraciones (de testigos y presuntos autores) e informes recibidos, así como el resto de circunstancias observadas por si pudiésen servir de instrumento de prueba o indicio del delito. ¿Cómo pueden llevarse a cabo todo este cúmulo de actuaciones (sobre todo las diligencias de declaración) (5) sin detener al «sospechoso» del hecho delictivo?

Por tanto, nos parece claro, desde la observación realizada dentro de este primer círculo, el que nuestro Ordenamiento Jurídico establece, para los agentes de Policía judicial, tres sectores complementarios y mutuamente implicados, de competencias de obligado cumplimiento:

— Perseguir e investigar el delito y todas sus circunstancias jurídicamente relevantes.

— Descubrir y asegurar o detener (estos dos términos se usan para definir funciones materialmente idénticas y, por ello, ha de otorgárseles el mismo significado) a los sospechosos o presuntos culpables del delito.

— Poner los «logros» de la investigación y a los presuntos sujetos activos del ilícito penal, con categoría de delito, a disposición del Juez o Tribunal que haya de entender de los hechos.

En ningún momento, sin embargo, nuestro Ordenamiento hace mención de competencias, otorgadas a los agentes de Policía judicial, consistentes en poder ejercitar *juicios de valor* (si comparecerá o no comparecerá, ante la autoridad judicial, el presunto culpable; si los antecedentes de éste son indiciarios de uno u otro comportamiento...). Tampoco, de la necesidad de llevarse a cabo, por aquéllos, actos de calificación jurídica del hecho delictivo o de la fijación métrica de sus penas. Esta misión es atribuida, explícitamente, por nuestra Ley Penal de Procedimientos, en su art. 503 (6) en relación con el 497, a la Autoridad judicial que sea competente para instruir las correspondientes diligencias: Juez de Instrucción, «o el que en virtud de comisión o interinamente ejerza las funciones de aquél». (Art. 502 L.E. Cr.).

(*) El *segundo círculo* en que debemos movernos, para acceder a una adecuada interpretación del precepto que venimos analizando (n.º 4.º del

(5) A este respecto, ver HERRERO, C.: *Inspecciones de Guardia*, D.G.P., Madrid, 1987, pp. 29 y ss.

(6) Efectivamente, el art. 503 dispone: «Art. 503.–Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza.

3.ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión».

Y el art. 497 preceptúa: Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere propio de la causa y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1.º, 2.º y 6.º y caso referente al procesado del 7.º del artículo 490 y 2.º; 3.º y 4.º del artículo 492, 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.

art. 492 de L.E. Cr.), queda diseñado por los arts. 490; 491; 492, 1.º y 495 de la Ley de E. Criminal (7).

Del contenido de estos preceptos, relacionado de forma directa con la cuestión aquí analizada, cabe destacar: la afirmación del n.º 1.º del art. 490: «Cualquier persona puede detener... al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo». Mensaje que se impone como obligatorio, precisamente, para la Autoridad o agente de Policía en el art. 492, 1.º

Lo mismo ha de asegurarse con respecto al delito «in fraganti».

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, el integrado en el art. 495, donde se concede potestad, a los referidos Autoridad y agente de policía judicial, para detener, por simple falta, a la persona («presunto reo») que carezca de domicilio conocido o que no dé fianza bastante de que la acción de la justicia no ha de quedar frustrada por su deliberada «desaparición».

¿Qué puede deducirse, entonces, de estas disposiciones legales, en relación con los efectos aquí perseguidos? De forma llamativa:

Que, por mera *tentativa* de delito (art. 490, 1.º) el particular puede detener y el agente de policía *debe* detener. Todo ello, al margen de cualquier posible fianza, ya que la Ley ni la menciona.

Es éste, como es obvio, un dato a considerar, ponderadamente, con vistas a la comprensión oportuna del n.º 4 del 492. ¿Por qué? Porque, si el agente de policía *tiene la obligación de detener*, sin referencia a fianza alguna, cuando se trata de *cualquier supuesto de tentativa delictuosa*, con más congruencia jurídica habremos de afirmar que se le asigna ese deber, cuando se trate de delitos con un mayor grado de realización (frustrados o consumados).

Y además: Sería de todo punto ilógico, jurídicamente hablando, que un particular pudiera llevar a cabo una detención por dichas hipótesis de tentativa y que, sin embargo, fuese posible imputar a un agente de la Autoridad, en funciones de policía judicial, un delito de detención ilegal al detener por razones de delito (bien frustrado o consumado) en el caso de que no ofertara posibilidades de fianza bastante o no la aceptara con respecto al sospechoso del hecho delictivo.

Desde esta última reflexión, pues, cabría afirmar, como mucho, que en el caso de mediar «fianza bastante» (que no sabemos cuál es porque la ley no lo dice) el agente de policía *no tendría la obligación* de detener; pero, desde luego, *que podría*. No olvidemos que el artículo 492 de la Ley Rituaria impone al miembro de la policía judicial *una obligación* de detener en los supuestos allí configurados o «remitidos», pero no aborda las

(7) Los núms. 1.º y 2.º del art. 490 dicen: «Cualquier persona puede detener:
1.º Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2.º Al delincuente «in fraganti».
El artículo 491 dispone: «El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior» (p. 69).
El núm. 1.º del 492 afirma: «La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:
1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.»
Y, el artículo 495 preceptúa: «No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle».

posibles *hipótesis «facultativas»*. Hipótesis que, por lo demás, y de existir (8), habrían de estar racionalmente informadas (para evitar la arbitrariedad) en la necesidad de cumplir de forma adecuada las funciones de policía judicial, asignadas dentro del oportuno ordenamiento jurídico de carácter orgánico. (Arts. 282 y 292 de la Ley de E. Criminal, art. 11, 1, g) de la Ley Orgánica 2/1986, etc.)

Asimismo, el particular puede detener y el agente de policía judicial *ha de detener* en los supuestos de delito «in fraganti». Sea cual fuere su pena y fuere cual fuese la fianza que fuese ofrecida por el sujeto activo. (Arts. 490, 2.º y 492, 1.º) (8-bis).

Estos supuestos nos conducen a la siguiente reflexión. Si el agente de policía judicial tiene el deber (jurídico) de detener en casos en que, por las circunstancias del hecho, les serían más fácil satisfacer su misión (art. 282 de la Ley de E. Criminal y art. 11, 1. g) de Ley Orgánica 2/1986...), ya que, en estas hipótesis, quedan asegurados al menos, desde el primer instante, el cuerpo del delito y sus efectos, los instrumentos de prueba (en este caso, testifical, de acuerdo con el art. 717 de la Ley de E. Crim.), ¿cómo no va a tener esa misma obligación cuando se trate de hechos delictivos en los que, por las condiciones de comisión, no está garantizada, en absoluto, su desaparición?

Y, en fin, el art. 495 prohibe, como principio, la posibilidad de detener por simples faltas. Pero «faculta» la detención, cuando no se dan, en el presunto autor, estos requisitos: poseer domicilio conocido o no prestar «fianza bastante».

Es obvio que si, presente esta fianza en el caso de delito, no se pudiese detener por parte de los agentes de policía judicial, se estaría equiparando, desde el mismo Ordenamiento jurídico, el delito con la falta. Pero es evidente que esta equivalencia no es concedida, en ningún momento, por nuestra legalidad.

La equiparación, a *efectos de detención*, se efectúa precisamente por el legislador, cuando en el autor de la falta existe ausencia de los requisitos más arriba mencionados.

(*) El tercer círculo interpretativo, al que hemos hecho referencia, ha de concretarse en el análisis del mismo n.º 4.º del artículo 492, en unión de los dos números precedentes de éste. He aquí su literalidad:

«La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.

---

(8) Digo que, «de existir», porque personalmente pienso, como más adelante trataré de demostrarlo, que en caso de delito «actual» (= no previamente sometido a la Autoridad judicial) el agente de policía judicial tiene siempre obligación de detener por ser un presupuesto necesario para llevar a cabo sus funciones y para poner al presunto autor a disposición de aquella Autoridad, tal como dispone el ordenamiento jurídico y cuyos artículos concretos ya hemos señalado.

(8 bis) A pesar de que la detención por delito «in fraganti», en cualquier caso, es considerada pacíficamente por los tratadistas, es evidente que esta clase de delitos facilita, de forma inmediata, las «funciones» del agente de Policía judicial (tanto con relación a los efectos e instrumentos de prueba del delito como de la identificación del presunto autor). Ello debería facilitar la no detención del culpable. Sin embargo, la ley exige la detención.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.»

En los dos primeros números, el sujeto pasivo de la detención es el *procesado*. Es decir, la persona que por resultar contra ella, durante la tramitación de un sumario, algún indicio racional de criminalidad, ha sido afectada por el correspondiente auto judicial declarante, en virtud de tales indicios, de la situación procesal especial en que la misma queda. (Art. 384 de la Ley de E. Criminal.)

Se está aquí, por tanto, ante acción o acciones delictivas conocidas ya y «tratadas» por la Autoridad judicial.

Acontece, sin embargo, que el procesado puede encontrarse fuera del alcance de aquella Autoridad, sea por estar en libertad provisional, sea por hallarse en alguna de las circunstancias en que la Autoridad judicial competente ha de llamarle y buscarle por requisitoria, como paso previo a la declaración de rebeldía (9).

En el primer caso (simple situación de libertad condicional) no procede, en ningún caso, la detención por obra de los agentes de Policía judicial. Sería ir en contra de lo dispuesto por la Autoridad judicial.

Los números 2.º y 3.º están destinados, precisamente, a los procesados que se encuentren en situación de «llamada y búsqueda» por requisitoria judicial. Requisitoria en la que no esté incluida, aún, el mandato de «captura». Porque, si fuese así, los agentes de policía habían de limitarse simplemente (se tratase del delito que se tratase) a cumplimentar el mandamiento judicial (10).

¿Cómo ha de interpretarse, entonces, el n.º 4.º? Si pretendemos mantenernos en un plano lógico e inteligible, creo que no puede dársele otra interpretación que la siguiente:

El sujeto pasivo de la detención ha de ser, en estos supuestos, una persona *no procesada*. No procesada por la infracción penal por la que, aquí y ahora, debe ser detenido. La fórmula sintética: «aunque todavía no se hallase procesado», utilizada en el texto, parecería a primera vista, tras una interpretación literalística (que no literal) el que el texto posibilita el acceso a sujetos pasivos, procesados por el delito por el que se ha de detener. Pero no es así. Constituye, meramente, un mecanismo gramatical para expresar su distanciamiento de la clase de sujetos pasivos de detención, señalados en el n.º 3.º

(9) De acuerdo con el Ordenamiento jurídico vigente (Arts. 835 y ss. de la L.E. Cr.) el procesado será llamado y buscado por medio de requisitoria:

— Cuando, al ir a notificársele cualquiera resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero, y el que no tuviese domicilio conocido.

— Cuando se hubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso.

— Cuando, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado.

(10) Véase, a este respecto, arts. 287 de Enjuiciamiento Criminal, 443 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, etcétera.

Distanciamiento que ha de estimarse como absoluto, ya que, de lo contrario, si este apartado 4.° pudiera integrar, de alguna forma, sujetos pasivos de detención procesados por el delito que ha de procederse a la detención, estaríamos ante una invasión del espacio precedente, el del n.° 3.°

En todo caso, la persona detenible ha de ser considerada por la Autoridad o agentes, sujetos activos de la detención, en base a criterios racionalmente suficientes, partícipe (autor, cómplice o encubridor) de un hecho delictivo. Tales criterios o motivos racionalmente bastantes no han de ser confundidos por los «indicios racionales de criminalidad», que suponen la presencia de circunstancias que dan al acontecimiento un carácter de *verosimilitud,* y que son exigidos para dictar el auto de procesamiento (Art. 384 de Ley de E. Crim.). Y menos aún han de ser equiparados a los instrumentos de prueba, necesarios, tan sólo, para fundamentar la convicción del juez en orden a la condena.

Los motivos requeridos para la detención han de homologarse con el concepto de «*sospechas racionalmente fundadas*» que, a menudo, nacen en el ser humano normal (estadísticamente normal) en virtud de «apariencias» de la realidad que, después, pueden desvirtuarse.

El partícipe del delito, para poder ser detenido por los agentes de Policía judicial, en tales supuestos, *no ha debido ver afectada,* todavía, y a causa de «este» hecho, su «situación» personal por alguna clase de resoluciones judiciales. Es la hipótesis en la que el «caso» hubiese sido conocido ya por la Autoridad judicial y ésta hubiera dispuesto, simplemente, la libertad provisional del «sospechoso».

El «hecho», base de la detención, ha de revestir las siguientes características:

— «Presentarse», ante la Autoridad o sus agentes, con apariencia, racionalmente fundada, de ilícito delictivo. (Valen, para aquí, las reflexiones precedentes.)

— Tratarse de un delito que no haya servido ya de base a dictar auto de procesamiento ni estar dentro del ámbito de investigación *autorreservada* por la misma Autoridad judicial (porque, entonces, será ésta la que debe tomar las decisiones pertinentes). Ha de estarse ante un delito «*nuevo*», es decir, sometible a la correspondiente investigación. (Es la práctica mayoría de los delitos, los que se cometen cada día.)

— *Cualquier delito.* Sea cuál fuere la pena asignada al tipo o subtipos puros, o en unión con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La obligación de detener, en estos supuestos, por parte de los agentes de policía judicial, viene determinada por los dos requisitos de éste n.° 4.° y a los que ya nos hemos referido: «Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito». «Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.»

La ley no incluye otras exigencias: ni ofertas ni aceptación de fianzas para, en su caso, eludir la detención.

La frase del texto: «Al que estuviere en el caso del número anterior...», ha de entenderse extensible a la persona que cometiere un delito a que esté señalada pena inferior a prisión correccional (o prisión menor), porque es esta *proposición* la que constituye el núcleo del n.° 3.° (el «anterior» de nuestro texto). Las excepciones, recogidas en su párrafo segundo, no son parte del supuesto, sino las que se apartan del mismo.

Es verdad que la frase: «al procesado por delito a que esté señalada pena inferior», está continuada y completada por esta oración condicional: «Si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial». Pero esta condición *es sólo aplicable a este número tres,* que versa sobre sujetos pasivos de detención en situación de procesamiento, sobre los que gravita, como ya hemos hecho constar más arriba, una requisitoria de «llamada y búsqueda», pero *no de captura.* Por ello, la ley no impone la obligación de detener (cuando el delito no supera la pena de prisión menor) si el procesado probablemente ha de comparecer por sí mismo ante la llamada de la Autoridad judicial. Probabilidad que la ley presume, si los antecedentes del «reo» o las circunstancias del hecho no indicaren lo contrario. O que, aun cuando indicaran que *no* va a comparecer, este aspecto negativo quedara equilibrado con la prestación «en el acto» de fianza bastante, «a juicio de la Autoridad o agente» que intente detener.

No es ésta, sin embargo, la hipótesis del n.º 4.º que, como se ha reflejado ya, está refiriéndose a un «delincuente» y a un «delito» «nuevos», sobre los que hay que proyectar las funciones *debidas* del agente de policía judicial: investigar el delito (recogiendo todos los efectos e instrumentos de prueba del mismo) y poner a disposición judicial al presunto participante en el mismo (Arts. 282 de la Ley E. Cr., 443 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y art. 11, 1, g) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad...).

A cada número del artículo 492 de la Ley de E. Criminal hay que aplicar, pues, sus propias condiciones y excepciones.

Y, desde luego, no parece congruente rechazar una interpretación de este número 4.º, como la que acabamos de hacer, apoyándose en razonamientos como éstos: «Sería ilógico afirmar que el agente de policía tiene obligación de detener por delitos con penas inferiores a prisión menor. Porque, entonces, se caería en el absurdo de que se debería detener por delitos castigados con penas ínfimas y *no* por delitos con penas iguales o superiores a la prisión de referencia, pues la Ley, en este n.º 4.º, no hace ninguna mención de éstos».

Estos argumentos me suenan a sofisma. Es evidente que quien tiene obligación de «actuar» (para evitar un mal) ante una causa cuantitativa y cualitativamente inferior, ha de intervenir, también, ante la presencia de la cuantitativa y cualitativamente superior. Es obvio, por ejemplo, que si un ciudadano tuviera, hipotéticamente hablando, obligación jurídico-penal de socorrer a otra persona por un simple rasguño, habría de tenerla ante una lesión mayor. Se podría dudar, en tales supuestos, de la adecuada o inadecuada técnica expresiva de la Ley, pero no de su voluntad.

Pero es que, además, tal como están redactados los tres números de este artículo 492, que adopta una expresión de *descenso progresivo* en la exigencia de la gravedad de las penas (en orden a implantar la obligación de detener), hay que concluir que el n.º 2.º hace referencia al «límite» máximo, punto de referencia a partir del cual hay que «exigir» (el detener); el n.º 3.º, «límite» mínimo (pero con restricciones) y el n.º 4.º al límite mínimo sin condicionamientos, al que *también, pero no sólo,* hay que descender.

Lagunas de expresión, como la que ha quedado descrita precedentemente, no es única en este artículo 492. Se da otra, asimismo, en la relación del n.º 2.º con el 3.º Porque el n.º 2.º afirma: «Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código Penal pena superior a la de prisión correccional».

Aquí es claro que el punto de referencia es la pena de «prisión correccional»; pero no queda incluida en este n.º 1.º, porque se exige pena superior.

Pues bien. El número 3.º hace referencia, por su parte (ya lo hemos señalado), «al procesado por delito a que esté señalada *"pena inferior"*». Pena inferior, ¿a qué? En una interpretación materialmente sintáctica, a prisión correcional que, como hemos dicho, aparece como el *nexo* de la «comparación» ¿Hemos de afirmar, sin embargo, por eso, que los delitos castigados con pena de prisión correccional deben quedar fuera del artículo 492...? Lo que tenemos que hacer es salvar las deficiencias técnicas yendo a la *manifiesta voluntad* de la norma.

Se impone, pues, desde las reflexiones efectuadas a través de los tres círculos de referencia, una CONCLUSION: El agente de policía, cuando se cumplan los dos requisitos mencionados del n.º 4.º del artículo 492 de la Ley de E. Criminal, *ha de proceder* (no es sólo que pueda) a la detención.

Hasta aquí, nuestra interpretación. ¿Cuál es la interpretación de la *doctrina?*

C. EXPOSICION DOCTRINAL

Con frecuencia, con mucha frecuencia, no pocos autores, al abordar la cuestión de la detención tal como es abordada en el art. 492 de la Ley de E. Criminal, se limitan a citar, al pie de la letra, el texto de aquel precepto (11). O, a remitir (si se comenta el 184 del C. P.) a la normativa procesal-penal específica en unión, a veces, de algún comentario «tangencial» (12).

Entre los tratadistas que se pronuncian expresamente existen, de forma marcada, dos tendencias: Una, *minoritaria, que* niega al agente de Policía judicial, con su interpretación del art. 492, n.º 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad legal de detener por cualquier clase de delito sin ofertar o recibir, del «sospechoso» de delito, «fianza bastante» de que no dejará de comparecer ante la autoridad judicial. Vamos a citar algunos ejemplos. Por tanto, la expondremos sin ánimo exhaustivo. Esta fue la línea sostenida por *Aguilera de Paz,* al mantener que este n.º 4.º había de ser entendido de acuerdo a la total extensión de su precedente n.º 3.º (del art. 492) (13). Esta orientación es seguida, también, por pluralidad de autores en la actualidad.

Es el caso de *Gimeno Sendra,* quien hace descansar la finalidad de esta clase de detenciones, llevadas a cabo por la policía judicial, en la presunción de que el «imputa-

(11) Por ejemplo: PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Penal;* 2.ª Edic., Edit. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 257 y ss.; VIADA-ARAGONESES: *Curso de Derecho Procesal Penal.* Madrid, 1974, 4.ª Edic. Se limitan a mencionar la detención como medida coercitiva.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal:* Décima Edición, 1986; pp. 208-210. Etc., etc.

(12) A modo de ejemplo, puede verse: ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal,* tomo II, Madrid, 1949. Tan sólo sugiere que la antijuricidad, dentro de este delito de detención, está en su ilegalidad, sea de fondo o forma. (p. 46); MUÑOZ CONDE, F.: en su *Derecho Penal. Parte Especial;* 7.ª Edic.; Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, hace, sustancialmente, esta reflexión: «La ilegalidad de la detención se debe deducir, pues, de esta normativa fundamental. Desde luego, el art. 12 de la Ley de Orden Público es lo suficientemente amplio como para dar la máxima discrecionalidad a la Autoridad gubernativa...» (p. 608).

(13) AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de E. Criminal;* Edit. Reus, tomo IV, Madrid, 1924, pp. 157-158.

do» haya de eludir o no, en su momento, su comparecencia ante la autoridad judicial (14).

En congruencia con estos presupuestos, el autor afirma:

«Pero, no es suficiente cualquier género de imputación, sino la de un hecho punible, que revista especial gravedad o que, aun sin tenerla, pueda el funcionario de policía, de las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado presumir que éste se sustraerá a la actividad de la justicia. Este es el sentido que se deduce de la farragosa redacción de los números 2.° a 4.° del artículo 492 de la LECRIM.

Los números 2.° y 3.°, aunque la Ley no lo diga expresamente, contemplan los supuestos de procesado en rebeldía puesto que, en cualquier otro caso, el Juez de Instrucción habrá adoptado ya las oportunas medidas cautelares, distintas a la prisión provisional, decayendo la necesidad de la detención. La diferencia estriba en la gravedad de la pena; en tanto que, en el primero de ellos, tal gravedad (superior a prisión menor) hace subsumir el "peligro de fuga" (puesto que hay que inferir, que, imputándose un delito con pena superior a los seis años, el imputado hará lo posible para ocultarse de la justicia), en el segundo de ellos (delito inferior a prisión menor) hay que fundar en indicios, basados en los antecedentes penales o en las circunstancias agravantes del hecho, dicho peligro de fuga a fin de que proceda la obligación de practicar la detención.» (15)

De acuerdo con lo expuesto por nosotros en la primera parte de este estudio («Interpretación técnico-jurídica»), creemos poder asegurar que el insigne jurista parte, aquí, de un error de perspectiva. La detención, volvemos a repetir, no ha de fundarse, en exclusiva, en si el «partícipe» en el delito «nuevo» (tal como hemos entendido este adjetivo) comparecerá o no, oportunamente, ante la Autoridad judicial; sino también en la necesidad, impuesta por el Ordenamiento jurídico, de que la investigación del delito, con sus efectos e instrumentos de prueba, no sufra detrimento. Y, desde luego, los números 2.° y 3.° no hacen referencia a supuestos de «procesados en rebeldía» (lo hemos dicho ya), sino a los supuestos de simple «llamada y búsqueda por requisitoria», *fase previa* (Arts. 834-835 L.E. Cr.) de la declaración de rebeldía. Si existiese rebeldía ya declarada por el Juez, habría que ir (de forma indudable) al n.° 1.° del 492, en relación con el n.° 7.° del art. 490. Casos en que el Policía judicial tiene obligación incondicional de detener.

Postura similar ha sostenido Vives Antón, en su interpretación del n.° 4.° del 492 (16), aunque parece que este autor ha rectificado recientemente, al exigir, simplemente, para las detenciones de dicho apartado, los requisitos explícitos que este precepto describe («Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes...» y «que los tenga también ... para creer en la existencia...» (17).

---

(14) GIMENO SENDRA, V., en efecto, define la «detención policial» como «... La obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición de la Autoridad judicial;». GIMENO SENDRA, Vicente, en Vol. Colectivo, *Derecho Procesal. El Proceso Penal;* Edic. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, Tomo II, Vol. I, p. 354).

(15) GIMENO SENDRA, V.: obr. ant. cit., p. 356.

(16) VIVES ANTÓN, T. S. y SENDRA, J. V.: *La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial:* Edit. Bosch, Barcelona 1977, pp. 69-73; 89-93.

(17) VIVES ANTÓN, T. S.: en Vol. Col., *Derecho Penal. Parte Especial;* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, T. S. Vives Antón, p. 94.

Dentro de esta misma tendencia, hay autores, por lo demás, que acuden, para apoyar su comprensión de este número 4.º del 492, al argumento doble de «*reductio ad absurdum*» (se podría, entonces, detener por un delito menos grave y no por uno más grave) y *de equiparación* al art. 503 (prisión provisional) de la Ley de E. Criminal. Argumento, éste último, que (como ya hemos advertido preferentemente) cae en la tentación de confudir los «roles» procesales del Juez y del Policía (18).

La corriente *mayoritaria,* sin embargo, es la que defiende *análogas posiciones* a las conclusiones que nosotros hemos deducido tras nuestro pormenorizado análisis. Veamos algunos casos representativos.

Lo primero que hay que destacar, dentro de esta tendencia doctrinal, es su concepto de detención. Y así, por ejemplo, Alcalá Zamora y Castillo, sostiene un concepto de detención policial englobante, de forma sustancial, de las dos vertientes a las que nosotros hemos hecho mención, de forma continua, en el presente estudio: Evitar la desaparición del presunto culpable e impedir que, con el «mal-uso» de su «libertad», pueda borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia (19).

La percepción de salvaguarda de esa doble función está en la base de las interpretaciones de la mayoría de nuestros tratadistas que comprenden, desde aquí, los casos y la forma de detención que prescriben nuestras leyes.

Ya Groizard, comentando el artículo 210 del Código Penal de 1870 (incluyente del delito de detención ilegal, perpetrado por funcionario en ejercicio de sus competencias) advertía que, para darse esta clase de infracciones penales, eran exigibles estos requisitos: «... La detención de un ciudadano; que la detención no sea por razón de delito; que la ejecute un funcionario público y, por último, que cuando el hecho tenga lugar no estén en suspenso las garantías constitucionales. Cualquiera de estos elementos constitutivos que falte no hay delito ni responsabilidad.

... Según nuestra vigente Constitución, toda detención es arbitraria si no tiene lugar en los casos y en la forma que las leyes prescriben. Ley es el Código Penal, y como prohibe que ningún funcionario proceda a la detención de un ciudadano sino por razón de delito no estando en suspenso las garantías constitucionales, un derecho constitucional es, mientras este artículo del Código no sea derogado, el de no ser detenido sin concurrir esas circunstancias...» (20).

Groizard, de acuerdo con los datos legislativos, no hace distinción alguna entre delitos graves y menos graves. Ni a exigencia alguna, para evitar en su caso la detención ilegal, de ninguna clase de fianzas.

Ruiz y Rodríguez, al comentar, precisamente, el art. 384 (equivalente al actual 492) de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal sostiene que los requisitos para la *detención legal* por delito «actual» son los que hoy exige el n.º 4.º del art. 492. «... La fa-

(18) Ver, por ejemplo, CASTRO GUILLÉN, J. L.: «La detención policial», monografía publicada en *Policía,* Madrid, 1985, pp. 30-31.

(19) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., y LEVENE, R.: *Derecho Procesal-Penal,* edit. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, tomo II, pp. 272-273.

(20) GROIZARD, A.: *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado,* Establec. Tipogr. de J. A. García, Madrid, 1911, tomo III (2.ª edic.), pp. 470-471.

cultad y la obligación de detener a los delincuentes sólo tienen lugar cuando se trata de delito» (21).

Meridianamente claro es, a estos efectos, Jiménez Asenjo para quien la detención, en sentido procesal, es una medida precautoria, ejercida para la comprobación de ciertas indicaciones de culpabilidad que existan contra un presunto culpable. (22). En consonancia con estas premisas, apunta, al abordar el n.º 4.º del 492, que *no* le es común con el número precedente la hipótesis de la fianza, porque se refiere a supuestos de hecho jurídicamente diferentes. ¿Por qué? Porque «existe prueba imperfecta y es necesario conservarla a efectos de la indagación e investigación completa». Además de tener que comprobar quién pueda ser realmente el autor. Estas son las razones por las que la Ley obliga a detener por cualquier clase de delito (23).

El mismo Cuello Calón asegura que la detención del art. 184 del C.P. es lícita cuando, efectuándose por razón de delito, concurren las dos circunsntacias del n.º 4.º del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (24).

La misma postura es la mantenida por Fenech (25), Puig Peña (26) y Córdoba Roda (27).

D. VISION JURISPRUDENCIAL

Acabamos de ver cómo dentro del campo doctrinal existen algunas discrepancias con relación al problema que venimos examinando. *¿Qué acontece dentro del espacio jurisprudencial?* Es lo que pretendemos analizar a continuación.

Pues bien. Desde esta perspectiva, debo afirmar que toda la jurisprudencia del T.S. (comprendida desde 1870 hasta nuestros días) consultada por mí, y que acota una vasta parte de sentencias, es prácticamente unánime. Unánime, en el sentido de la interpretación ofrecida por nosotros en nuestro análisis técnico-jurídico.

Es esclarecedora, a este respecto, la jurisprudencia dictada por el T.S. en los períodos de tiempo próximos a la publicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, una Sentencia de 27 de enero de 1885 afirmaba que la legitimidad de la detención,

(21) Ruiz y Rodríguez, H. M.ª: «Tratado General de Procedimientos Criminales», impr. de la rev. de *Legislación*, Madrid, 1878, tomo II, p. 261.

(22) Jiménez Asenjo, E.: «Derecho Procesal-Penal», edit. rev. de *Derecho Privado*, Madrid, 1949, vol. II, pp. 61-62.

(23) Jiménez Asenjo, E.: «Detención judicial», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, edit. F. Seix, Barcelona, 1955, tomo VII, p. 381.

(24) Cuello Calón, E.: *Derecho Penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1941, 2.ª edic., tomo II (parte especial), p. 68 y nota (12) de la misma página.

(25) Fenech, M.: dice exactamente en orden a la detención de una persona de acuerdo con el núm. 4.º del 492: «... 10. La del que sin estar procesado concurran las circunstancias siguientes: Que existan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y que existan también motivos bastantes para creer que la persona a quien se intente detener tuvo participación en él». (*El proceso penal*, edit. Agesa, Madrid, 1982, p. 146).

(26) Puig Peña, F.: «Derecho Penal. Parte especial», edit. Rev. de *Derecho Privado*, Madrid, 1969, tomo III, pp. 88 y ss.

(27) Córdoba Roda, J.: se refiere así en torno a esta cuestión: «Conforme al núm. 4 del art. 492 de la Ley de E. Criminal, la obligación de detener nace si la autoridad o agente de Policía judicial tiene motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, así como en que la persona a quien intente detener tuvo participación en él». «*Comentarios al Código Penal*», edit. Ariel, Barcelona, 1978, tomo III, p. 308.)

practicada por Autoridad o agente de policía judicial: «... No depende de la *realidad jurídica y menos judicial de un delito,* que en la ocasión de cometerse no se juzga definitivamente ni puede juzgarse por falta de elementos y *de competencia,* sino como con repetición ha dicho la Sala, de los caracteres del hecho, de los cuales pueda racionalmente inferir tal calificación la Autoridad o funcionario a quien la Ley deje en aquel momento su apreciación para el efecto urgente de suspender la libertad del ciudadano» (28).

Otra Sentencia de 7 de febrero de 1889 aseguraba que, según el concepto y recto sentido del art. 4.º de la Constitución y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estrechamente conectados, no incurrieron en responsabilidad criminal por realizar un acto de detención al entender que la persona detenida había perpetrado un acto delictivo (29).

La obligación impuesta por el art. 492 de la Ley de E. Criminal —decía otra Sentencia de 5 de noviembre de 1892—, no supone, como indispensable para la legalidad de la detención, de acuerdo al n.º 4.º de aquél, que la Autoridad o Agente que la lleven a efecto posean certeza indubitable de la realidad de un delito. Basta con que «tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito» y, asimismo, los mismos motivos para creer que la persona a detener haya tenido participación en él (30).

Es claro, por tanto, que, en ninguna de estas resoluciones judiciales se hace mención, como presupuesto de legalidad de la detención, a la necesidad de tener presente la mayor o menor gravedad del delito (y sus correlativas penas) ni a la exigencia correspondiente de ofrecer o aceptar fianza. Y si no hay referencia a tales extremos es porque, como es obvio, no son considerados por el Alto Tribunal como elementos normativos.

Pero esta postura del Tribunal Supremo no se quiebra a partir del lapso de tiempo descrito. El mismo mensaje exhibe en Sentencias de 10 de mayo de 1909 y de 21 de febrero de 1912 (31).

Sentencias de 10 de julio de 1929 y de 6 de junio de 1935 *vuelven a repetir* que la detención ilegal se produce *sólo* cuando se da *arbitrariedad* por parte de la Autoridad o sus agentes. O lo que es lo mismo, cuando la *inexistencia* del hecho delictivo atribuído al detenido «sea palpable y evidente, pues si existe a lo menos la apariencia de un delito o motivo bastante para estimar racionalmente que la persona detenida tuvo participación en su comisión y fundamentos suficientes para calificar los hechos "a priori" como constitutivos de delito, falta dolo específico de la infracción punible...» (32).

Es curioso constatar (pero no excesivamente extraño en razón del período político vivido en España) cómo, a partir de 1935 y hasta terminar, prácticamente la década de los 70, apenas sí existe jurisprudencia en torno al art. 184 del Código Penal en relación con el art. 492, 4.º, de la Ley de E. Criminal. Hemos encontrado algunos casos relativos al referido 184, pero no por razón de delito, sino por razones de presuntas infracciones de orden público o de presuntas «negativas» (¿desobediencia?) a pagar impuestos o mul-

(28) Puede verse el texto de esta Sentencia en RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina Penal del Tribunal Supremo,* M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, tomo segundo, p. 2352.
(29) Texto en autor precedente y misma obra cit., p. 2360.
(30) Texto, en HIDALGO GARCÍA, J. A.: «El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo», impr. de la rev. de *Legislación,* Madrid, 1908, tomo I, p. 555).
(31) Texto, en RODRÍGUEZ NAVARRO, M., ob. cit., p. 2361.
(32) Textos, en autor y obra previam. cit., pp. 5351-5352.

tas municipales. Motivo por el que intervenían Alcaldes, Tenientes de Alcaldes, etc., deteniendo a ciudadanos. Pero no, repito, dentro del ámbito configurado por los arts. 184 de nuestro Código punitivo y 492, 4.º, de nuestra Ley de Procedimiento Penal (33).

Pero sentencias posteriores, «ad hoc», vuelven a repetir el mismo dictado de las resoluciones judiciales más arriba expuestas. Así, la Sent. del T. S. de 27 de mayo de 1981 sostiene que para que el funcionario esté legitimado para detener «es requisito sine qua non que una persona haya realizado un acto que constituya delito entendido este término en su acepción más amplia de infracción criminal o, al menos, que aparentemente revista caracteres de tal en la medida necesaria para que pueda justificar la creencia racional del funcionario eliminadora del dolo, pues de faltar tal comportamiento del sujeto pasivo, la detención necesariamente habrá de reputarse arbitraria e injustificada».

Y, en fin, otra Sentencia de 11 de octubre de 1988 rechaza el recurso interpuesto por un Alcalde condenado por detención ilegal (art. 184 C.P.) al apreciarse, en el «factum» de la Sentencia recurrida, que su acción se había apoyado, de forma arbitraria, en comportamientos de los detenidos que, de forma manifiesta, no constituían la figura delictiva alguna (único fundamento legitimador, en estos casos, de la privación de libertad) sino, como mucho, una falta del art. 570.5 del Texto punitivo (34).

Por otra parte, no podemos olvidar tampoco que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al pronunciarse por supuestos de detención ilegal no ha puesto reparos por efectuarse en virtud de delito (incluso delitos de carácter menor: «deserción» en tiempo de paz, desobediencia...) sin proceder por parte de la Autoridad o agentes intervinientes a intercambiar la detención por fianza. Ha «responsabilizado», más bien, por demorar la puesta a disposición de la Autoridad judicial o por prolongar la detención arrogándose prerrogativas judiciales. Lo que, por lo demás, está en consonancia, como ya hemos visto, con su «norma» fundamental en este campo: Art. 5.º, 1.c), de la «Convención Europea...» (35).

E. ALGUNAS REFLEXIONES «DE LEGE FERENDA»

Lo mantenido por nosotros, hasta aquí, en base a los correspondientes análisis técnico-jurídicos, a la comprensión de la doctrina y de la jurisprudencia en torno a nuestro ordenamiento jurídico, no quiere decir que estemos de acuerdo, totalmente, con la orientación de nuestra legalidad sobre el instituto de la detención.

Con la exposición precedente, no he pretendido más que intentar esclarecer la ope-

(33) Texto de la Sentencia, en Aranzadi (1981), núm. 2284.

(34) Exactamente, esta Sentencia (ver texto en *La Ley* (1/1989), pp. 325-327) dice, a este respecto, lo siguiente: «El factum de la sentencia recurrida dice al respecto que, en efecto, los carteles de propraganda fueron pegados donde ya había otros adheridos, conduciéndose en todo momento los que tal labor realizaban de forma pacífica hasta su ingreso en los calabozos municipales donde permanecieron desde las 2 de la madrugada, aproximadamente, hasta las 8 de la mañana del mismo día 12 agosto 1981 en que fueron puestos en libertad por orden del procesado, sin dárseles ninguna clase de explicación, ni se les instruyera ningún atestado.

De los términos fácticos expuestos, claramente se deduce que de haber desobediencia consciente de los detenidos, ésta en ningún modo podrá calificarse de grave, tal como exige el tipo penal (art. 237). En el peor de los casos sería una falta (art. 570.5) la que, como sabemos, no autoriza la detención. Por otra parte, al no incoarse diligencia alguna, ni darse traslado al Juez competente, se infiere que la conducta del procesado fue totalmente arbitraria y abusiva al prescindir de todos los requisitos legales establecidos al respecto. Por tanto hubo antijuridicidad en la detención.»

(35) A este respecto, puede verse, entre otras, Sentencia de 22 de mayo de 1984 («Casos Duinhof y Duijf»). Texto, en *Boletín de Documentación*, Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 104 (1986), pp. 88-89.

ratividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, desde una perspectiva de seguridad jurídica. Operatividad, con respecto a la detención por razón de delito, que creemos ha sido practicada secularmente y sigue practicándose conforme a derecho. Porque conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el agente de policía judicial tiene obligación de detener a la persona presuntamente culpable de haber cometido un «nuevo» delito, sin que pueda convertirse en oferente o receptor de fianzas. Lleva razón Gimeno Sendra al confirmar que, «en la práctica policial... es inusual el ofrecimiento por la Autoridad policial de dicha contracautela» (36). Pero lo es, repetimos, por creer, fundamentalmente, que el serlo está vedado por la legalidad vigente.

Otra cosa distinta es, sin embargo, el que la situación jurídica actual no deba ser sometida, crítica y constructivamente, a algunas reflexiones, orientadoras para supuestos «de lege ferenda».

Desde este punto de vista, creemos que no se romperá el equilibrio, necesariamente mantenible, entre la seguridad y libertad de la persona (como ciudadano singular) y la seguridad y libertad del resto de personas (como componentes de la sociedad&en cuanto tal) si:

1.º Se aplicase el contenido de los actuales artículos 493 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (siempre que los presuntos autores no cayesen dentro de la tipología de «habitualidad») a las siguientes figuras delictivas:

— Delitos castigados únicamente con multa.

— Delitos castigados con penas que, aunque distintas de la multa, no lo sean con penas privativas de libertadd (suspensión, inhabilitación especial... como penas únicas).

— Delitos castigados con penas de privación de libertad inferiores a prisión menor. Se tratase, con respecto a los tres grupos de infracciones procedentes, de delitos flagrantes o no flagrantes.

— Los delitos cometidos por imprudencia (art. 565 del C.P.).

Para con estas tipologías delictivas, pues, bastaría, como principio, que la Autoridad o los agentes de policía tomasen nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona, racionalmente sospechosa de alguno de tal clase de delitos.

Se pasaría, sin embargo, a la detención cuando aquél no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente de policía judicial interviniente.

En todo caso, el precepto procesal-penal determinante habría de individualizar, explícitamente, cada una de las figuras delictivas exentas, en el sentido que acabamos de exponer, de detención. Sólo así sería posible una práctica pacífica.

No creemos que hayan de ser incluidos entre las figuras delictivas eximidas de detención, los delitos sancionados con penas de prisión menor. ¿Por qué? Porque los delitos sancionados, en nuestro ordenamiento, con esta clase de penas son aquellos que

(36) Gimeno Sendra, V.: *Derecho procesal. El proceso penal*, tomo II, ya cit., p. 356.

con más frecuencia se perpetran y los que crean un clima enrarecido con respecto a la seguridad ciudadana (delitos más ordinarios contra la propiedad, contra la integridad física, parte de los delitos contra la libertad y seguridad, salud pública, etc.).

Y, además, gran parte de estos delitos, no pueden ser debidamente esclarecidos sin acudir a la detención, sin demoras, del presunto culpable. Detención que, sin embargo, dadas las características de nuestro sistema procesal (sobre todo prácticas) se retardaría excesivamente con detrimento para la exigible eficacia) si hubiera que esperar a que la orden de detención fuese dada por la Autoridad judicial.

Una vez más hay que huir, para un correcto planteamiento de esta cuestión, de la unidimensional consideración de que, para detener, sólo hay que mirar a que el presunto culpable vaya, o no, a sustraerse a la llamada que, en su día, le sea efectuada por la Autoridad judicial. Posición que, además de los autores arriba mencionados, parece sustentar algún otro ilustre tratadista (37).

¿Cabría, no obstante, en esta última clase de figuras delictivas, el dejar en libertad a los presuntos responsables, sin ponerlos a disposición inmediata de la Autoridad judicial, una vez realizado el pertinente atestado?

Tal decisión supondría para los detenidos el ahorro de no pocas horas pasadas en situación de privación de libertad, ya que viene siendo costumbre el realizar la conducción de los mismos en las grandes ciudades de forma colectiva y a una hora determinada.

Rodríguez Ramos se inclina por aceptar esta solución de puesta «a disposición judicial en libertad», aun con el ordenamiento jurídico vigente. Ello sería factible, según él, en los casos del art. 492 n.º 3.º y 4.º de la Ley de E. Criminal y en los n.º 1.º y 2.º del 490 de la misma norma, interpretándolos por analogía con los referidos números 3.º y 4.º (38).

Nosotros estimamos que esta aseveración del gran penalista —como fundable en la legalidad vigente— es altamente discutible, pues esa aplicación al primer caso (n.º 3.º y 4.º del 492) llevaría consigo un excesivo forzamiento de los pertinentes preceptos jurídicos y, en el segundo (n.º 1.º y 2.º del art. 490) sería menos admisible, aún, la interpretación analógica, «ad contrarium», de un precepto normativo explícito , el art. 496 de la Ley Rituaria: «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».

La obligación de ponerla en libertad es claro que se dará cuando los motivos de la detención quedasen *desvirtuados* (se creía que existía «ratio aprehensionis», pero fue luego diluida por el correspondiente proceso indagatorio).

Mas, en el supuesto de que la motivación específica de detención permanezca (las hipótesis del art. 490; 492 o, en su caso, las del 495), el detenido ha de ser *«entregado»* (por tanto, puesto a disposición de forma física) a la Autoridad judicial competente.

---

(37) Ver, por ejemplo, en este sentido: FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Las detenciones y prisiones arbitrarias o ilegales en el Anteproyecto de Bases del Código procesal penal de 1970», en su obra «Estudios de Derecho procesal Civil, Penal y Constitucional», edit. rev. de *Derecho Privado*, Madrid, 1983, pp. 387 y ss.

(38) RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *La detención*, edit. Akal-Iure, Móstoles, 1987, p. 43.

Pero, aún, dentro de la línea «de lege ferenda», creo personalmente, que a los presuntos autores de estos delitos castigados con pena de prisión menor y que, como se ha afirmado más arriba, entre ellos están los que, de forma objetiva y subjetiva, afectan más negativamente a la seguridad ciudadana (39), no se les debe dejar en libertad por los agentes de policía judicial. En primer lugar, como acabamos de decir, por la repersución social destructiva que tales actos poseen. En segundo término, porque sus autores suelen ser delicuentes habituales. Y, finalmente, porque este «juicio de valor» (el dejarles o no en libertad teniendo en cuenta las posibles consecuencias nocivas para la comunidad) ha de ser *reservado* para el juez competente que es el que mejor puede calificar jurídicamente la posible infracción penal, ponderar los antecedentes (policiales y penales) del imputado, las circunstancias del hecho, así como «medir» la alarma social que la comisión de éste haya producido o la frecuencia con la que hechos análogos son cometidos. Debe restringirse, al máximo, la necesidad de que el agente de policía judicial haya de actuar mediante la previa y obligada «construcción» de juicios de valor.

Digamos, para terminar este punto «E», que el contenido de nuestras reflexiones, en el mismo expuestas, no discrepa cualitativamente, en el fondo, de las precauciones que los ordenamientos jurídicos de países próximos [como Francia (40) e Italia (41)] han fijado, para conservar lo más posible, dentro de este espacio conflictivo, la libertad individual del presunto culpable. Si bien hay que contar, para entender las discrepancias con los distintos esquemas procesales, al menos por lo que respecta a la actividad de los sujetos activos del procedimiento (Policía judicial, Ministerio Fiscal, Jueces...) con los primeros pasos a partir de la comisión del delito.

Pero no olvidemos (a la hora de cotejar, incluso, nuestro vigente sistema de facultades, concedidas a la policía judicial en materia de detención) que la policía judicial francesa, por ejemplo, posee competencias para detener («garde à vue» et «arrestation») en caso de delito flagrante, a las personas (no sólo a los «autores» del delito) que ella entienda que van a ser necesarias para la conveniente elaboración de la «encuesta (= atestados) (42).

De esta forma, se va a facilitar a la policía la búsqueda de testigos, cuya audiencia es básica en supuestos de delitos flagrantes (43).

Pero aún más. La detención de una persona (en su modalidad de «garde à la vue» es, asimismo, una facultad de la Policía judicial, durante el mismo plazo (24 horas), *se trate, o no, de delito flagrante,* cuando dicha Policía estime que ello va a beneficiar a las diligencias preliminares de esclarecimiento (44).

«La policía judicial —comenta G. Levasseur y otros— está autorizada a privar a un individuo de su libertad ambulatoria (d'aller et venir) cuando considere que esta medida es útil para la buena marcha de la «encuesta» preliminar que esté dirigiendo. Puede hacerlo ya sea que suponga que se trata de un culpable o que su situación en libertad acarrearía perjuicios al avance de las «diligencias», ya sea, en fin, que la policía de

(39) Esto es evidente a la luz de las estadísticas de delincuencia elaboradas por la Dirección de la Seguridad del Estado (hechas públicas cada año, pero no publicadas) y las respectivas *Memorias,* del Fiscal General del Estado.
(40) Arts. 61 y ss. del *C. de Procédure Pénale,* Dalloz, París, 1987.
(41) Arts. 235 y ss. del *Codice di Procedura Penale,* Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987.
(42) Art. 63 del CPP (Código Penal de Proced.), citado.
(43) A este respecto puede verse: SUSINI, J.: «Le temoin, le temoignage et la police», en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* (1980), pp. 499 y ss.
(44) Arts. 77 y 78 del citado CPP.

referencia tenga deseos de mantener a aquél a su disposición por estimar su presencia positiva para adelantar en la cuestión. Que la Policía judicial pueda tener privada de libertad a una persona, durante 24 horas sin tener que justificar los cargos particulares que pudieran obrar contra ella, se deduce del artículo 77 del Código de Procedimiento Penal» (45).

Las facultades de la policía en los Estados de Derecho se manifiestan (al analizar los distintos elementos normativos desde un punto de vista mutuamente compensatorio) claramente semejantes (46).

F. CONCLUSIONES

Sintetizando la exposición, desarrollada hasta aquí, podemos ofrecer las siguientes afirmaciones:

a) El agente de policía judicial, de acuerdo con el análisis técnico-jurídico de nuestra legalidad vigente, la opinión mayoritaria de nuestros tratadistas y la unánime versión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sólo puede, sino *que debe,* proceder a la detención de una persona, cuando se dieren los dos requisitos del n.º 4.º del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

— Que el agente de policía judicial tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. (Se trata de un delito de «nueva» comisión o sobre el que no se haya resuelto, aún, la Autoridad judicial.»

— Que tenga, asimismo, motivos racionalmente bastantes para estimar que la persona a quien intenta detener tuvo participación en la referida infracción penal.

La Ley, en estos supuestos concretos, no hace distinción entre clases de delitos. Por tanto, ha de entenderse *cualquier delito.*

b) Nuestro ordenamiento jurídico interno no está, dentro de este ámbito, en contradicción con el Derecho de carácter supranacional.

c) En caso de no desvirtuarse las «razones» de la detención, el agente de policía judicial *ha de entregar* (una vez elaborado el atestado correspondiente y, en cualquier caso sin rebasar el tiempo permitido por la Ley) el detenido a la Autoridad judicial más próxima (arts. 17, 2. de la C.E. y 496 de la Ley de E. Criminal».

d) Los puntos precedentes se fundan en la legalidad vigente. Parece, no obstante, que sería conveniente (por no romperse con ello el equilibrio entre la necesidad de limitación del derecho a la seguridad y libertad de la persona «racionalmente sospechosa» de delito y el derecho a la seguridad y libertad del resto de ciudadanos, posiblemente «agraviados») el que se fuera a una reforma de esta legalidad (evitando, en lo posible la detención policial), siguiendo las pautas de determinados criterios, conjuntamente comprendidos:

(45) LEVASSEUR, G., Y OTROS: *Procedure Pénale,* edit. Dalloz, 13.ª edi., París, 1987, p. 406.

(46) Ver, para una visión panorámica de estos problemas, a SUSINI, J.: «Les pouvoirs de la police (aspects generaux, 1970-1980, d'anthropologie policière)», en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* (1980), pp. 205 y ss.

— La mayor o menor facilidad de investigación y esclarecimiento del hecho delictivo.

— La mayor o menor garantía de que el presunto culpable no se evada de la acción de la justicia.

— La mayor o menor gravedad del bien jurídico protegido y la incidencia en la comunidad de tales «agresiones».

— La clase de pena con que la infracción penal estuviere gravada (de privación o no de libertad).

JURISPRUDENCIA

La Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1989, estudia cuando es necesario practicar o no una diligencia de careo.

Considera el Tribunal Supremo que 1. Con sede procesal en el número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el primero de los motivos del recurso de base en haber denegado el Tribunal en Auto de 3 de noviembre de 1987, la diligencia de prueba consistente en la celebración de un careo entre el procesado y la testigo R. I. B. V. Pretensión que se reprodujo en el acto del juicio oral, y que el Tribunal rechazó nuevamente, haciéndose constar en tal momento la protesta por parte de la defensa del procesado. Es constante la doctrina de esta Sala, apoyada en preceptos procesales de ineludible observancia —arts. 659, 855, 874.3.º y 884.5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— en el sentido de que deviene improsperable el recurso fundado en la denegación de una diligencia probatoria, si tal rechazo no fue subseguido de la oportuna protesta de la parte solicitante a raíz de su inadmisión. Ninguna observancia se hizo por el proponente tras la notificación del auto aludido, aunque sí se formulase protesta ante la reiterada oposición del Tribunal en el acto del juicio oral. En cualquier caso ha de recordarse que el careo no es propiamente un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia encaminada a contrastar las manifestaciones o interrogatorios de los procesados y las declaraciones de los testigos al objeto de depurar su contenido y tratar de salvar o aclarar las contradicciones o discordancias que en ellos se aprecien, contribuyendo a formar la convicción del Juzgador a la vista de las actitudes y explicaciones que los careados adopten o faciliten. No deja de ofrecer el careo cierto riesgo de enfrentamiento dialéctico entre los intervinientes y raras veces conduce a resultados positivos. De ahí que su pertinencia se supedite al criterio potestativo y discrecional del Juez o Tribunal, atribuyéndole la Ley un carácter o rango subsidiario, cual resaltan los artículos 451 —podrá el Juez celebrar careo— y 455, advertida de que no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro medio de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. Es constante y pacífica la doctrina jurisprudencial en resaltar que la decisión al respecto, sobre la celebración del careo, no queda sujeta a revisión casacional sino que pertenece al soberano y libérrimo criterio de los órganos jurisdiccionales. En la doctrina expuesta abundan las Sentencias de 22 de abril y 24 de octubre de 1983, 12 de febrero y 12 de noviembre de 1986, 4 de abril, 23 de octubre y 16 de noviembre de 1987. El Tribunal, partiendo de los reiterados interrogatorios del procesado y de la testigo, con intervención de Letrados, y en atención a la situación en que se encontraba la perjudicada en el acto del juicio, haciendo uso de sus atribuciones, denegó el careo solicitado.