



ANEXOS
Informe al Comité Contra la Tortura
Análisis de las Respuestas al cuestionario del CAT al Estado
español para el quinto informe Periódico de España
Octubre de 2009

I

ANEXO 2º

**Estudio de la Instrucción nº 12/2007
de la Secretaria de Estado de
Seguridad – Ministerio del Interior**

RESUMEN SOBRE LA INSTRUCCIÓN 12/2007 DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, MINISTERIO DEL INTERIOR.

La **instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad** se dedica expresamente a regular “**los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial**”.

Bajo ese punto de vista, parece que el principal avance de esta norma es que está llamada a protocolizar los comportamientos policiales en caso de detención, desde una perspectiva –en principio- garantista y tomando como referencia esencial la jurisprudencia constitucional. No se anuncia como una norma destinada a asegurar la eficacia policial en las detenciones sino los derechos de los detenidos, lo que supone una interesante innovación en el panorama jurídico español. Esta optimista perspectiva se ve inmediatamente moderada por la declaración de que es objetivo de la norma “dotar a los agentes de las garantías jurídicas suficientes con ocasión de la práctica de la detención y la posterior custodia”.

En todo caso, no cabe duda de que la instrucción supone un instrumento jurídico de primer orden en manos de los detenidos por la policía que pueden exigir su cumplimiento.

La instrucción se divide en trece instrucciones a modo de capítulos temáticos.

No hay ningún apartado específicamente dedicado a las responsabilidades o sanciones por incumplimiento, por lo que, partiendo de que se trata de una orden formalmente aprobada dirigida a los cuerpos de seguridad dependientes del Ministerio de Interior, regirán las disposiciones disciplinarias ordinarias relativas a la responsabilidad de los funcionarios policiales por incumplimientos de la legalidad aplicable.

1. La primera instrucción se dedica a la **Oportunidad de la práctica de la detención**. Desgraciadamente, la norma no alude a los supuestos en los que la detención resulta procedente (peligrosidad, sospechas fundadas de la comisión de delitos, ...) sino al momento y la forma en que han de practicarse las detenciones. En este apartado lo único reseñable es la necesidad de hacer constar en el atestado cualquier incidente que se produzca durante la detención, lo que podrá ser utilizado para restar valor probatorio a imputaciones policiales realizadas con posterioridad.

2. La segunda instrucción se refiere a la **Duración de la detención**. En este punto, el Ministerio se limita a incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la duración máxima de la detención. En concreto, se establece finalmente que “una vez finalizadas cuantas diligencias hubiera sido preciso realizar, el detenido debe, sin más demora, ser puesto a disposición de la Autoridad judicial o en libertad”, si bien se prevé que por circunstancias excepcionales derivadas de la investigación (no de la ordenación del servicio) este plazo pueda alargarse, siempre bajo control judicial.

3. En el tercer apartado se abordan los **Derechos del detenido**. Con tal motivo se viene a protocolizar cuáles son los derechos que deben serle leídos al detenido conforme al art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “a guardar silencio, a no

declarar contra sí mismo y a no declararse culpable”. Sin embargo a este listado se añade como remarcable novedad la necesidad de informar del derecho a solicitar un habeas corpus, reseñándose además la obligación de proporcionar para ello un impreso que se añade como anexo a la instrucción. Está por ver la aplicación real de esta medida y si su incumplimiento pudiera tener algún efecto a la hora de la interposición del recurso de habeas corpus, en todo caso, supone una novedad.

El resto de disposiciones en este punto sólo vienen a recoger las prácticas ya habituales en las comisarías y centros de detención y previstas por el ordenamiento jurídico: derecho a comunicar la detención y su lugar a la persona que designe el detenido, la inmediata comunicación al abogado que designe (derecho a designar un abogado) o al Colegio de Abogados, derecho a la visita del médico forense, prohibición de excesos físicos o psíquicos y de apercibir al detenido durante su declaración (algo que los abogados deberán recordar cuando sea necesario) y obligación de interrumpir la toma de declaración en caso de fatiga manifiesta del detenido.

4. A continuación se dedica un amplio apartado a las **Peculiaridades de la detención de extranjeros**. A este respecto la instrucción no incluye apenas novedades. Más allá de la necesidad de tener impresos de información de derechos en las lenguas más comunes, la mayor parte de estas disposiciones parecen destinadas exclusivamente a recordar a los agentes policiales el contenido de la Ley 4/2000, de extranjería.

5. La quinta instrucción se dedica a **Particularidades de la detención del menor**. Básicamente se trata de adaptar la detención a las peculiaridades de los menores: informando de los derechos también a los padres o guardadores, asegurando la presencia del ministerio fiscal. También se establece la detención preferente por funcionarios no uniformados; el traslado separado de los mayores, tiempo máximo de detención de 24 horas. Una vez más, la instrucción deja en el aire la eficacia real de todo este catálogo de buenas intenciones, que, no obstante, se formula como ordenes directas a los agentes policiales.

6. El siguiente apartado es el relativo a **Particularidades del procedimiento de Identificación** Aquí se abordan los supuestos en lo que la policía puede retener a un ciudadano a efectos de identificación. Destaca que se quiere incorporar la conocida (e incumplida) previsión de que “puede considerarse adecuada la identificación conseguida mediante documentos oficiales distintos del DNI”. Sin embargo, la alusión al carácter “oficial” del documento resta eficacia a esta prevención, contraponiendo tanto el tenor de la Ley como la jurisprudencia dictada en su aplicación.

Todo este apartado denota una mala conciencia sobre la retención identificativa, derivada sin duda de su ambigua legitimidad constitucional. Por ello se establece como cautela que debe realizarse en la dependencia policial más próxima, de manera inmediata y sin dilación alguna. Como novedad, los policías deberán informar también al retenido de las razones que llevan a su identificación.

7. A continuación se aborda **El empleo de la fuerza en la detención**. En este punto no hay grandes novedades, si bien la instrucción supone –una vez más– una protocolización de lo ya existente, si bien todas las disposiciones de este apartado pueden tomarse en cuenta para poder calificar de ilegal una detención.

En primer lugar, resulta obligatorio que el agente se identifique como tal. No se especifica la manera de hacerlo. En la detención la fuerza sólo puede utilizarse en

caso de resistencia o riesgo para la seguridad o para la integridad física del policía o de terceros. De distintas maneras se insiste en la necesidad de proporcionalidad en el uso de la fuerza y la obligación de usar siempre la manera menos lesiva de proceder a la detención. Se prohíbe expresamente el uso de armas no autorizadas y el uso de la violencia una vez que el detenido esté inmovilizado. Todas estas prevenciones si bien son de difícil exigencia en el momento mismo de la detención, sí que habrán de tomarse en cuenta a la hora de tramitar una eventual denuncia por detención ilegal, entendida ésta no sólo como la que carece de fundamento sino también como la que se realiza sin seguir las disposiciones legales específicas que regulan la manera de proceder a la detención de las personas.

8. En el octavo punto se abordan los **cacheos con ocasión de la detención**. No se trata aquí tanto de garantizar derechos de los ciudadanos como de regular la manera de proceder a las detenciones. Ello se pone en evidencia desde el primer momento, al establecer que el cacheo es preceptivo en todas las detenciones, tanto en el momento mismo de la intervención policial sobre la persona como, de manera más exhaustiva, antes de su ingreso en los calabozos. Se establece la lista de objetos que habrán de ser retirados en todo momento y hasta las protecciones que deben usar los policías ante la sospecha de enfermedades infecto-contagiosas. A favor del ciudadano tan sólo pueden señalarse la obligación de que los cacheos se realicen -en lo posible- en lugares discretos y que salvo urgencia lo realicen funcionarios del mismo sexo que el detenido.

9. También se regula en esta norma la **Inmovilización del detenido, el esposamiento**. Una vez más, se trata de una indicación dirigida a los policías, pues la norma general es que se proceda a colocar esposas a los detenidos salvo que el policía discrecionalmente aprecie razones que aconsejen la salvaguarda de la reputación del detenido. Evidentemente en este punto la aplicación de la instrucción puede ser lesiva del derecho al honor de los detenidos (art. 18 CE) y podrá dar lugar a las correspondientes denuncias por ello. En un Estado de derecho la norma general es la protección del derecho fundamental al honor y la excepción el esposamiento (en Francia está legalmente prohibido incluso la difusión de fotografías de personas esposadas), aquí sin embargo se regula al contrario. En principio las esposas se colocarán con las manos a la espalda y se autoriza el uso tanto de los grilletes reglamentarios como, excepcionalmente, de lazos de plástico o similar.

10. Menos novedades aún, desde el punto de vista de las garantías de los detenidos, introducen los apartados relativos a **Traslados de personas detenidas, Procedimientos de control de las detenciones o Formación Policial**. En estos puntos se limitan a fijar mecanismos internos de control del funcionamiento de los servicios policiales que sólo de manera meditada pueden tener cierta utilidad para la defensa de los derechos. Los libros de registro de detenidos, partes de recepción de detenidos para su transporte y similares resultan útiles, esencialmente, como posible método de prueba de cara a denunciar posibles irregularidades de otro tipo.

11. Por último han de reseñarse las disposiciones relativas a la **Estancia del detenido en dependencias policiales**. En este apartado se recogen medidas bastante genéricas junto a otras mucho más determinadas. Así, entre las primeras, destaca la obligación de que las medidas de vigilancia durante la detención respeten el honor y la dignidad de los detenidos y el que el detenido pueda realizar sus necesidades fisiológicas con la suficiente intimidad e higiene y se le proporcione comida suficiente en calidad y cantidad.

De manera mucho más concreta se ordena que “cuando el detenido vaya a pernoctar en la dependencia, se le proveerá de colchón, manta y otros elementos necesarios,

cuidando que el material sea de naturaleza ignífuga y se encuentre en condiciones idóneas de uso” y se recoge el derecho a procurarse algún alimento adicional y a, una vez terminadas las diligencias, recibir visitas.

El derecho a recibir visitas tiene una extraña configuración. De una parte porque entra en contradicción con las disposiciones constitucionales que ordenan la inmediata puesta a disposición judicial una vez finalizadas las diligencias y de otra porque se hace depender el derecho de la autorización del instructor policial. En este, como en otros puntos, hay que entender que la instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad puede ampliar los derechos de los detenidos pero nunca restringirlos en contradicción con el resto de normas legales y constitucionales en vigor. Cualquier disposición contenida en esta norma que suponga un recorte de los derechos legalmente establecidos ha de considerarse nula y no aplicable, pudiéndose exigir o corregir judicialmente su eventual aplicación.

ESTUDIO DE LA INSTRUCCIÓN 12/2007, DE 14 DE SEPTIEMBRE, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOBRE LOS COMPORTAMIENTOS EXIGIDOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DETENIDAS O BAJO CUSTODIA POLICIAL.

La **sistemática** que planteamos en nuestro estudio **compara** la anterior legislación con la vigente Instrucción, mediante la legislación internacional e interna que coexisten a modo de transposición, para posteriormente realizar una crítica desde dos perspectivas, la primera por las escasísimas novedades introducidas en la Instrucción 12/2007, y la segunda vemos como se perpetúan los mismos mecanismos por medio de los cuales las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado producen en la práctica excesos y vulneraciones de los derechos a los detenidos, y, por último, proponemos nuestras alternativas para que estos mecanismos se modifiquen, y al fin se preserven y sean efectivos los derechos de todas las personas privadas de libertad, contenidos en las normas administrativas, políticas y penales estudiadas.

INSTRUCCIONES:

INSTRUCCIÓN PRIMERA.- Oportunidad de la práctica de la detención.

1.- Define la detención como la medida cautelar personal, consistente en limitar el derecho a la libertad provisionalmente, efectuada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Recordamos que los casos legales en que procede la detención son los previstos en los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante L.E.Cr., siendo los siguientes.:

Art. 490: "Cualquier persona puede detener:

- 1º. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
- 2º. Al delincuente *in fraganti*.
- 3º. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
- 4º. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
- 5º. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
- 6º. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
- 7º. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía."

Art. 492: "La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1º. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2º. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código Penal superior a la de prisión correccional (actualmente debe aplicarse a la pena de prisión superior a cinco años).

3º. 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.

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.

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

2.- La detención ha de llevarse a cabo con “**oportunidad**”, definida como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla. Dicha valoración queda al arbitrio del agente policial, indicándole como parámetros para tomar la decisión: el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal.

No obstante el artículo 520.1 de la L.E.Cr. establece que “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.”

3.- Obligación de **identificación** de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en esta Instrucción se dice que tienen esa obligación “en el momento de practicar la detención”. Sin embargo, la Instrucción 15/2007, de 14 de Septiembre de 2007 va más allá y les obliga a identificarse en cualquier caso, determinando que deben llevar siempre: “sobre sus prendas de uniformidad el número de identidad personal correspondiente al del Carnet Profesional, en lugar bien visible y de forma que a la denominada distancia de respeto (1 metro y 20 centímetros aproximadamente) puedan ser leídos sin dificultad por los ciudadanos”.

4.- **Uso de técnicas o instrumentos de “coacción directa”**: la Instrucción autoriza indirectamente su uso al establecer que el agente deberá evitarlo “en la medida de lo posible”, dejando una vez más a su criterio la decisión sobre su utilización.

5.- Empleo “proporcionado” de la fuerza: lo permite de nuevo cuando haya una **oposición del detenido a la detención**.

Distingue a la hora de “**adecuar** ese empleo proporcionado de la fuerza”, según las conductas sean:

- De simple desobediencia o resistencia leve.
- De resistencia o desobediencia grave.

6.- Obligación de **hacer constar en el Atestado “cualquier incidente que se produzca durante la detención”**.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA.- Duración de la detención.

1.- Plazo Máximo de 72 horas, establecido en el artículo 17.2 de la Constitución y 520 de la L.e.cr. El cómputo del plazo debe contarse desde que se produce la detención, no desde que se entra en Comisaría.

2.- Plazo Legal, en el que la Instrucción, recogiendo lo previsto en los artículos anteriores de la Constitución y la L.e.cr., determina que será **el tiempo estrictamente necesario para** la práctica de los actos de investigación para **identificar al detenido**, el **esclarecimiento de los hechos** y la **obtención de efectos y pruebas** relacionados con los mismos.

Cuando finalicen estas diligencias, el detenido tiene que ser inmediatamente puesto a disposición judicial o en libertad.

Esta exigencia se incumple sistemáticamente en las Comisarías y Juzgados de Madrid Capital y en algunos pueblos de la Comunidad de Madrid, puesto que prolongan la detención mucho mas tiempo del imprescindible para realizar esos trámites, dejando a las personas detenidas en dependencias policiales hasta el día siguiente en que las trasladan a dependencias judiciales, alegando los agentes que esto se debe a la falta de medios, sobre todo de vehículos para los traslados.

3.- Excepción al plazo legal antes expuesto (cumpliendo siempre el de 72 horas):

Cuando finalizadas las diligencias, **haya “circunstancias especiales derivadas de la investigación”** que exijan retrasar el momento de poner al detenido a disposición judicial, actuando **bajo las instrucciones del Juez**, haciendo constar esas circunstancias por Diligencia, “al igual que cualquier otra eventualidad”, de modo que siempre conste el uso del tiempo del detenido bajo custodia policial.

4.- Excepción al plazo máximo de 72 horas (supuesto del artículo 520.bis L.E.Cr.):

“Detención de las personas relacionadas con bandas armadas”: **48 horas más.**

Requisitos:

- **Solicitud motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención.**
- **Autorización judicial dentro de las 24 horas siguientes.**

En este caso, se puede solicitar del Juez que decrete la **incomunicación** del detenido, que deberá resolver motivadamente sobre la misma en el plazo de 24 horas.

Aquí hemos de recordar la **Recomendación 3ª. de las “Jornadas sobre Prevención de la Tortura, la Implantación del Protocolo Facultativo contra la Tortura y las recomendaciones del Relator de la ONU”**, de la Coordinadora para la prevención de la Tortura, celebradas en Barcelona los días 3 y 4 de Febrero de 2006, que establece: “La detención incomunicada y el régimen de aislamiento penitenciario crean condiciones que facilitan la práctica e impunidad de la tortura, dotando de sistematicidad a la práctica de la tortura. Por ello, estos mecanismos excepcionales deberán ser inmediatamente suprimidos, así como aquellas legislaciones y tribunales que los utilizan y amparan”.

Por su parte, la **Recomendación 4ª.** de dichas Jornadas, determina que “toda detención debe comenzar con una toma de declaración a la persona detenida sobre si se acoge al derecho constitucional a no declarar. En este último caso, el detenido será puesto inmediatamente a disposición judicial,...Los interrogatorios constarán de la identificación de las personas presentes y la acreditación de su función en el interrogatorio y/o proceso judicial. Los interrogatorios, así como toda la estancia en comisaría, deberían ser registrados con mecanismos audiovisuales cuyo control y revisión debería ser realizado por organismos independientes de las fuerzas policiales y sus responsables políticos directos.”

INSTRUCCIÓN TERCERA.- Derechos del detenido.

Para garantizar los derechos del detenido recogidos en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Instrucción establece las siguientes obligaciones para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

1.- Informarle “– con el lenguaje y la forma que le resulten comprensibles–”, de:
- Los derechos previstos en el artículo 520. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recordamos que son los siguientes:

“a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.”

- Hechos que se le imputan.

- Razones que motivan su privación de libertad.

De esto último rara vez se dan explicaciones en dependencias policiales.

2.- Se recoge lo previsto en el citado artículo de la L.E..Cr. estableciendo que “en particular, se le informará de su derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.”

3.- Aquí se recoge una obligación nueva, cual es la de **informarle de su derecho constitucional a solicitar el “habeas corpus”, si el detenido considera que su detención no está justificada legalmente o que transcurre en condiciones ilegales**, en cuyo caso le tienen que facilitar el impreso de solicitud.

4.- Derecho a poner inmediatamente en conocimiento de familiar o persona que quiera (y del Consulado en el caso de los extranjeros), el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se encuentre en cada momento.

En este sentido, la **Recomendación 2ª. c)** de las “Jornadas sobre Prevención de la Tortura, la Implantación del Protocolo Facultativo contra la Tortura y las recomendaciones del Relator de la ONU” dice que se debe garantizar el derecho de toda persona detenida a “que su familia y allegados sean informados del hecho y lugar de su detención así como su estado de salud y situación judicial”.

5.- Derecho a la asistencia jurídica: Asegurar la presencia del abogado a la mayor brevedad posible.

Se solicitará de forma inmediata la presencia del abogado designado por el detenido o del que en su defecto designe el Colegio de Abogados. Si pasadas tres horas desde la primera comunicación, no se ha personado el letrado, tienen que reiterar la petición.

La **Recomendación 2ª. a)** de las citadas “Jornadas” determina el derecho a “acceder a un abogado de confianza antes de prestar declaración. En el caso de que la persona detenida elija ser asistido por abogado de oficio, la actividad de éstos deberá seguir un protocolo de actuación, además de contar con experiencia en la asistencia.”

6.- Derecho a ser reconocido por un médico de los servicios públicos.

Si el detenido presenta cualquier lesión, imputable o no a la detención, o manifieste presentarla, debe ser trasladado inmediatamente a un centro sanitario para su evaluación.

Aquí no se recoge el derecho del detenido a ser examinado por un médico de su confianza previsto en el artículo 523 de la L.E.Cr. y en el punto **b)** de la mencionada **Recomendación 2ª.** que contempla el derecho a “ser examinados por médicos de su confianza garantizándose que los médicos forenses que intervengan en casos de tortura y/o malos tratos trabajen en base a protocolos y estándares internacionales entre ellos el Protocolo de Estambul- y acrediten una formación especial para el

diagnóstico de las torturas tanto físicas como psíquicas y para la valoración de sus secuelas.”.

7.- Excepción al derecho al abogado de su elección y a la entrevista con su letrado, y a que se ponga en conocimiento de alguna persona su detención: Cuando el detenido se encuentra **incomunicado**.

Esta exclusión de tan esenciales derechos se estableció por aplicación de la Ley Orgánica 9/84 contra la actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas.

Reiteramos aquí lo manifestado con anterioridad acerca de la detención incomunicada, recogido en la **Recomendación 3ª**.

8.- Derecho a declarar de forma espontánea, sin influir en el detenido, haciendo constar todo lo que quiera manifestar que considere conveniente para su defensa.

Consideramos que se debería haber establecido la obligación de efectuar la grabación en medio audiovisual todo lo que ocurra con el detenido en Comisaría, conforme recoge la **Recomendación 4ª**.

Si por la duración de la declaración el detenido da muestras de fatiga, se suspenderá la declaración hasta que se recupere.

9.- Determina la prohibición del uso de “cualquier exceso físico o psíquico para obtener una declaración del detenido”.

Si se emplearan dichos medios, la Instrucción dice que se perseguirá como una infracción penal o disciplinaria, lo cual nos sorprende puesto que con el Código Penal en la mano, dicha actuación siempre sería constitutiva de delito.

10.- Determina como normativa a tener en cuenta la siguiente:

- Instrucción de la Dirección General de la Seguridad del Estado, de 12 de noviembre de 1984, sobre “Reconocimientos médicos y tratamiento a detenidos”.
- Instrucción del Secretario de Estado de Seguridad 7/1997, sobre “Elaboración de atestados”.
- “Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial”, aprobados por la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial.

INSTRUCCIÓN CUARTA.- Particularidades de la detención de extranjeros.

Se distingue entre las detenciones a extranjeros producidas por la presunta comisión de un delito, de las efectuadas por las infracciones de la Ley de Extranjería y las llevadas a cabo cuando concurren ambos motivos.

a) **Detenciones derivadas de la existencia de indicios de un delito.**

Aquí es de aplicación todo lo dicho en cuanto a la Instrucción Tercera, puesto que la persona extranjera tiene los mismos derechos que cualquier detenido, a los que hay que sumar dos que ya se contemplaban en legislaciones anteriores:

- Derecho a comunicar su detención al Consulado de su país.

Entendemos que dada la dificultad para tener constancia de que todas las solicitudes a este respecto que realicen los extranjeros detenidos lleguen a su destino, se deberá imponer que todas las detenciones sean notificadas de oficio a la Oficina Consular del país, lo cual evitaría en muchos casos la indefensión del extranjero detenido y la posibilidad de que sus familiares tengan conocimiento del hecho tan pronto haya ocurrido.

- Derecho a intérprete si no habla castellano.

b) Detenciones derivadas de infracciones de la Ley orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

1.- Extranjeros interceptados en frontera respecto de los que se tramite su devolución:

Se llevara a cabo conforme al artículo 157 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000: “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”.

Se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Instrucción del Secretario de Estado de Seguridad 20/2005, sobre “Control de la inmigración irregular que llega a España en embarcaciones”, especialmente lo dispuesto en su norma tercera sobre la información de derechos del detenido y la atención preferente de sus necesidades asistenciales y, en su caso, sanitarias.

2.- Las dependencias policiales deben disponer de impresos de información de derechos en las lenguas más comunes y contar con intérpretes cuando sea necesario, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 157.3 del citado Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Dicho artículo dispone que “el extranjero respecto del cual se sigan los trámites para adoptar una orden de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen.”

3.- Detenciones de extranjeros derivadas de infracciones a la Ley Orgánica 4/2000:

La Instrucción dice que en estos casos “se mantendrá la privación de libertad el tiempo imprescindible para los fines de la tramitación del expediente, agilizando al máximo las

diligencias para no agotar el plazo máximo de detención (72 horas), salvo en los supuestos estrictamente necesarios.

Con igual diligencia se actuará en los casos de internamiento de extranjeros con objeto de no agotar el plazo máximo de 40 días, salvo en los supuestos estrictamente necesarios. ”

Como CRÍTICA, creemos, en primer lugar, que se está obviando en este punto la reiterada jurisprudencia del **Tribunal Supremo** que ha establecido de manera contundente **que la mera estancia irregular no es causa de expulsión, lo que obligaría a que a los extranjeros infractores de la L.O. 4/2000 y su reglamento sean sancionados con una multa y, sólo en casos muy excepcionales por su gravedad, iniciar el pertinente procedimiento de expulsión.** Es así que, **una vez identificado, el extranjero en situación irregular no debería ser detenido sino que, como cualquier otro ciudadano que ha cometido otra infracción administrativa, debería continuar en libertad** en todo momento.

En segundo lugar, y respecto al no agotamiento del plazo de detención de 72 horas, debemos recordar que el artículo 17.2 de la Constitución Española establece que dicho plazo de 72 horas es un plazo máximo. Creemos necesario reiterar la importancia del derecho a la libertad y a la seguridad del individuo, especialmente durante las detenciones preventivas, y echamos en falta en la presente Instrucción medidas para que la puesta en libertad de los detenidos se lleve a cabo en el menor tiempo posible, tal como ha venido repitiendo el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (sentencia 165/2007 de 2 de julio de 2007 referida al recurso de amparo 4796-2006 y otras citadas por ésta).

Así mismo ponemos de relieve lo establecido en la **Recomendación 13ª. de las “Jornadas sobre Prevención de la Tortura, la Implantación del Protocolo Facultativo contra la Tortura y las recomendaciones del Relator de la ONU”**, de la Coordinadora para la prevención de la Tortura, celebradas en Barcelona los días 3 y 4 de Febrero de 2006, en la que se dice que “deben observarse con igual precaución los casos de torturas y/o malos tratos basados en discriminaciones étnicas, religiosas, por razón cultural, de procedencia o cualquier otra razón. En estos casos deberá garantizarse que el denunciante de torturas y/o malos tratos no será objeto de represalias. Igualmente deberá hacerse hincapié en que la expulsión/ devolución de inmigrantes a países donde se practica la tortura es una práctica prohibida, que hace responsable al país que acuerda la expulsión/devolución.”

c) **Detenciones en las que concurren los supuestos a y b.**

Si la detención viene motivada por la existencia de indicios de la comisión de un delito por parte de una persona extranjera y concurre en ella la incoación de un expediente sancionador por infracción de la Ley de Extranjería, el extranjero deberá ser informado de los derechos que le asisten tanto como detenido en general, como presunto infractor de la Ley Orgánica 4/2000 (derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la presentación de alegaciones y recursos, asistencia letrada y de intérprete, etc).

INSTRUCCIÓN QUINTA.- Particularidades de la detención del menor.

Se aplican las siguientes prevenciones, además del resto de garantías expresadas en la Instrucción Tercera, cuando la persona detenida tenga entre 14 y 18 años:

1.- “Desde el primer momento de la detención se valorará prioritariamente el interés del menor, primando los criterios reeducativos y protectores por encima de los puramente sancionadores”.

La Instrucción intenta discurrir utilizando los parámetros marcados por las diversas Normas internacionales y nacionales que se ocupan de regular un modelo de Justicia juvenil que venga a superar antiguos textos en esta materia, si bien podemos asegurar que se centra básicamente en el propio art. 17 de la LORPM.

De esta manera, cuando se refiere a que desde el primer momento de la detención se valorará prioritariamente el interés del menor, primando los criterios reeducativos y protectores por encima de los puramente sancionadores, se procura ajustar esta privación de libertad del primer Principio a tener en cuenta, que no es otro que el de tener en cuenta, en todo momento, el interés superior del menor como Principio básico que debe condicionar toda la Justicia juvenil.

Sin embargo, puede entenderse que tanto el primer punto de esta Instrucción Quinta como los siguientes, desde un punto de vista crítico, conforman una mera exposición de intenciones con base legal pero con infinidad de incumplimientos en su práctica habitual, carencias que en la mayoría de casos no son denunciadas.

2.- Así, la obligación de las fuerzas y cuerpos de Seguridad una vez producida su propia identificación, deben informar en el acto al posible detenido, con lenguaje claro, comprensible y adecuado a su edad, de los hechos que se le imputan y las razones de su detención y en general de los derechos recogidos en el art. 520 de la LECrim.

Sin embargo en contadas ocasiones la Instrucción se cumple por los agentes actuantes y menos en los supuestos en los que el menor detenido es delincuente habitual, ocurriendo que en este perfil de infractor juvenil es en el que se produce la mayoría de las transgresiones por parte de los agentes de la autoridad.

3.- “Siempre que sea posible deberán intervenir agentes especializados en el tratamiento policial a menores”.

Esta referencia a la especialización de agentes en el tratamiento policial de menores tanto para su detención como para su custodia, no deja de ser una mera declaración formal que de ser exigida por algún menor en sede policial pudiera, incluso, ocasionarle algún problema.

4.- “Los traslados de los detenidos menores de edad se realizarán siempre de forma separada de los detenidos mayores de edad. Su custodia se realizará en dependencias adecuadas y separadas del resto de detenidos, especialmente si éstos son mayores de edad.”

En lo que se refiere al traslado de detenidos menores de edad, es una práctica que realmente se viene cumpliendo pero que no resulta gratuita por cuanto con el pretexto de que el traslado del menor no puede efectuarse junto a detenidos mayores de edad,

ocasiona la justificación de la no disponibilidad de vehículos policiales para el traslado del menor a Fiscalía lo que conlleva la permanencia innecesaria del detenido en dependencias policiales hasta 9 ó 10 horas después de haber finalizado la última diligencia policial encaminada al esclarecimiento de los hechos. Las Fiscalías de Menores no reaccionan ante esta vulneración del derecho del menor a ser puesto a disposición de la propia Fiscalía a la mayor brevedad posible.

En el apartado que se refiere a la custodia de menores en sede policial huelga afirmar su constante y reiterado incumplimiento por parte de la autoridad competente, por cuanto no existen dependencias adecuadas y separadas del resto de detenidos, incluso mayores de edad, toda vez que en la mayoría de instalaciones policiales se continua encerrando al menor en los calabozos comunes si bien de manera individual. Esto es, que se viene utilizando el mismo recinto de calabozos para los menores que por estar ubicados junto a los demás no puede considerarse ni que sea una instalación adecuada ni separada del resto de detenidos.

5, 6 y 7.- En general podemos decir que las particularidades de la detención del menor contempladas en la Disposición Quinta de la Instrucción 12/2007 no introduce ninguna innovación propia al tratarse de una relación de mínimos de obligado cumplimiento por las normas y legislación vigente en Justicia juvenil, especialmente en la LO 5/2000, de 12 de Enero, que regula la Responsabilidad Penal de los menores y en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio, que aprueba el Reglamento de la anterior Ley Orgánica.

8.- Una especial mención merece el plazo máximo absoluto de 24 horas de duración de la detención policial del menor y la imposibilidad de que dicho plazo sea superado, si bien este acortamiento de la detención viene mermado posteriormente cuando le es permitido a la Fiscalía mantener al menor detenido durante 24 horas más o, lo que es lo mismo, el menor puede permanecer en situación de detenido durante 48 horas desde el momento mismo de la detención, de tal manera que estos dos días se los pueden repartir policía y Fiscalía a 24 horas cada uno.

9.- En ningún caso puede superarse este plazo de 48 horas salvo en los supuestos de delito de terrorismo en los que estos plazos podrán ampliarse al entrar en aplicación el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 17.4 de la LORPM, lo que viene a derogar el régimen general de detención de menores en lo que respecta al plazo máximo de duración de la detención policial. De esta particularidad versa el párrafo 9 de la Disposición que comentamos cuando efectúa un tratamiento diferenciado a los menores de edad implicados en presuntos delitos de terrorismo, lo que supone un quebrantamiento del principio elemental de respeto al supremo interés del menor, el cual queda subordinado a supuestos motivos de seguridad, de tal manera que puede decretarse su incomunicación, la prohibición de nombrar abogado de confianza y la posibilidad de prórroga de la detención del menor equiparándolo al adulto.

En el punto 9 es donde el sistema establecido quiebra y se descubre no siendo capaz, ni tan siquiera, de mantener la imagen maquillada de escaparate que caracteriza a todo el entorno jurídico de la jurisdicción de menores, máxime cuando es notorio y público la real inexistencia de terroristas menores de edad, encontrándonos con una consecuencia de las actuales legislaciones en materia de derecho penal de enemigos que criminaliza de manera generalizada comportamientos no acordes con el orden político criminal imperante.

Por último, conviene destacar la ausencia intencionada en la Instrucción Quinta del Habeas Corpus como derecho que el propio menor puede instar por si mismo, por sus representantes legales o por su abogado. El ejercicio de este derecho puede venir justificado por la custodia del menor en dependencias inadecuadas, por mantenerlo en compañía de mayores de edad o, incluso, por la falta de cuidados, protección o asistencia social.

En definitiva, refleja lo dispuesto en la propia LORPM, sobre todo en su art. 17, al no mencionar que el menor tiene derecho a solicitar Habeas Corpus en los casos antes citados.

En menores de edad detenidos en relación a delitos de terrorismo desaparecen el derecho a la comunicación, el derecho al propio abogado y es penalizado con prórrogas en la duración de la detención equiparándolo a los adultos.

Finalmente, habría de aplicarse la **Recomendación 14ª. de las “Jornadas sobre Prevención de la Tortura, la Implantación del Protocolo Facultativo contra la Tortura y las recomendaciones del Relator de la ONU”**, de la Coordinadora para la prevención de la Tortura, celebradas en Barcelona los días 3 y 4 de Febrero de 2006, en la que se requiere “Tomar con especial urgencia todas las medidas necesarias para erradicar las torturas y/o malos tratos a personas menores de edad, tanto en comisarías, como en Centros de Reforma de Menores, como bajo cualquier tipo de custodia. Las buenas condiciones de acogida y trato al menor deben estar garantizadas en todo momento y los jueces y fiscales de menores deben ser los garantes de estas condiciones con su presencia física en los espacios de custodia. **En especial, debe prohibirse la detención incomunicada y el aislamiento de los menores que cumplen penas privativas de libertad”**.”

INSTRUCCIÓN SEXTA.- Particularidades del procedimiento de Identificación regulado en el artículo 20.2 de Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

A) ESTUDIO COMPARATIVO

1.- Instrucción vigente:

1.- La práctica de la identificación mediante el traslado a las dependencias policiales supone una restricción del derecho de libertad ambulatoria y, en consecuencia, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (artículo 20.2) prevé su utilización sólo en aquellos supuestos en que la identificación no pueda conseguirse por otros medios y resulte necesaria para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad encomendadas a los agentes.

2- Cabe recordar que, en principio, puede considerarse adecuada la identificación conseguida mediante documentos oficiales distintos del DNI.

3.- Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sólo podrán requerir a quien no pudiera ser identificado a que les acompañe para tal fin a dependencias policiales, en los supuestos establecidos en el citado artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero.

La dependencia policial será la más próxima que cuente con posibilidades y medios para realizar la diligencia de identificación, debiendo realizarse la misma de manera inmediata y sin dilación alguna y, por lo tanto, no prolongándose bajo ningún concepto más del tiempo imprescindible para dicho fin.

4- Siempre se informará a la persona de las razones del requerimiento y su justificación legal, así como de su derecho a no informar de otros datos distintos a los necesarios para su identificación.

5.- De acuerdo con el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, todas las diligencias de identificación realizadas en las dependencias policiales, así como sus motivos y duración, deberán constar en el libro-registro que habrá de llevarse en aquélla y que estará, en todo momento, a disposición de la Autoridad Judicial competente y del Ministerio Fiscal.

2.- Legislación anterior:

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, artículo 20 se dispone lo siguiente:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial Competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como "Ley Corcuera", autoriza a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad a requerir la identificación (exhibición del DNI u otro documento oficial) y a realizar las comprobaciones en la vía pública o en el lugar donde hicieren el requerimiento, siempre que el conocimiento de identidad fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda esta Ley (estas funciones, de acuerdo con la norma que lo regula, son, básicamente, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana).

De no lograrse la identificación por cualquier medio, los agentes podrán requerir a que se les acompañe a dependencias próximas, bien a Comisaría, Cuartel de la Guardia Civil o Municipal, lugar en donde se procederá a la “retención” durante aproximadamente dos horas hasta que consigan la identificación, pudiéndose tomar fotografías y huellas. En estas dependencias, habrá un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación, así como los motivos y duración de las mismas. A éste Libro sólo tienen acceso los jueces y fiscales.

B) CRÍTICA A LA INSTRUCCIÓN SEXTA.- PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACION REGULADO EN EL ARTICULO 20 DE LA LEY SOBRE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA.

Las medidas restrictivas de la libertad de movimiento prevista en la Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana en adelante LOPSC aparece regulada en el artículo 20; en relación a este precepto es necesario recordar cómo ha sido reformado en diversas ocasiones; así, en la redacción original del Proyecto se decía que los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden requerir la identificación de las personas en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad. De no lograrse la identificación, los Agentes podrán “instar” a quienes no pudieran ser identificados por otro medio, a ser acompañados a dependencias próximas durante el tiempo imprescindible. Ahora bien, en los supuestos de negativa infundada o resistencia a identificarse o realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal en adelante CP y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECr.

Con posterioridad, la Comisión de Justicia e Interior del Congreso modificó el apartado segundo del artículo 20 del Proyecto, redacción que, por otra parte, se mantiene inalterada en el vigente artículo 20 de la LOPSC, que queda como sigue: *“De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.*

La reforma de este precepto plantea una serie de interrogantes que vamos a intentar resolver. En primer lugar, se mantiene que la identificación puede efectuarse por cualquier medio, es decir, no es necesario mostrar el DNI sino que basta con la presentación de cualquier otro documento o la afirmación que sobre la identidad realice cualquier persona que lo acompañe.

En segundo lugar, no se comprende la utilización de la expresión “podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen”, y es incomprensible debido a que esta petición del agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puede realizarse con el objeto de impedir la comisión de un delito. Si esto es así, es decir, si el funcionario cree que la persona a la que solicita la identificación participa en la comisión de un delito, entonces debe proceder a la detención tal como dispone el artículo 492 de la LECr sin que quepa, en tales supuestos, discrecionalidad alguna en relación a la privación o no de libertad.

Por otra parte, al sustituir el término “instar” por el de “requerir” parece que el legislador pretende concederle un sentido de *voluntariedad* al acto de acompañamiento a las dependencias policiales. En efecto, la interpretación no puede ser otra, ya que se alude a la comisión de una falta o a la sanción de una infracción.

En el primero de los casos —realización de una falta— habrá que estar a lo regulado por el artículo 495 de la LECr sin que sea lícita la detención efectuada sin

cumplir los requisitos allí expuestos. En el segundo supuesto, esto es, la sanción de una infracción, sólo puede interpretarse la expresión “requerir” como la aceptación del ciudadano invitado a acompañar al agente a las dependencias policiales. Cualquier otra interpretación como, por ejemplo, entender que el artículo 20 faculta la detención por infracciones de carácter administrativo —fumar en lugares públicos, aparcar en doble fila, atentar a la moral y disciplina de las costumbres (artículo 260, i, de la Ley de Régimen Local)— sería contraria al régimen procesal-penal de garantías establecido en la LECr y en el artículo 25.3 de la CE, que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

La figura que se introduce con el citado artículo 20 es quizás la más difícil de interpretar, ya que, aparentemente, se trata de un híbrido entre la “retención”, prevista en el Derecho alemán —parágrafo 163, c del StPO— y francés —artículos 78.1 y 78.5 del Código de Procedimiento Penal —, el “acompañamiento coactivo” italiano —artículo 11 del Decreto-Ley de 21 de marzo de 1978 y artículo 349 del CP—, y la detención por faltas del artículo 495 de la LECr. española.

Con la intención de concretar la naturaleza jurídica de la privación de libertad del artículo 20, procedemos, a continuación, al análisis de las figuras citadas. La *retención* es una institución, solicitada por sectores básicamente policiales, con la que se pretende, *dicen*, cubrir una laguna legal que les permitiese, a efectos de identificación, detener a un ciudadano sobre el que no recaen indicios racionales de criminalidad. Se trata, por tanto, de una privación de libertad basada en la sospecha, es decir, en una intuición del funcionario elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción no delictiva. Estamos, como dice Andrés Ibáñez, ante una “detención atípica, no fundada en la constatación de indicios – incluso mínimos- de criminalidad. Es la detención con fines de puro muestreo, de búsqueda indiscriminada de datos de relevancia pública en quien no ofrece *prima facie* indicios de criminalidad. Es la detención no porque haya pasado o este pasando algo, sino para ver qué pasa “. Esta clase de detención estaría sometida, además, al límite temporal necesario que exija el desarrollo de las diligencias preliminares policiales de comprobación de identidad u otras semejantes, sin que en ningún caso pueda superar el plazo de veinticuatro horas. Durante tal plazo el detenido carece de las garantías previstas en los artículos 17 de la Constitución y 520 de la LECr., exigencia constitucional que se elude mediante la ficción de considerar que en estos supuestos no estamos en presencia de casos de detención sino de retención y que ésta, además, no representa una privación de libertad.

Esta figura, inexistente hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, es jurídicamente inviable, ya que la privación de libertad cautelar sólo puede reconducirse a las vías de la detención o prisión preventiva con el régimen de garantías en el artículo 17 de la Constitución, sin que quepa alguna limitación de la libertad diferente de aquéllas.

Por estos motivos, la reivindicación citada es peligrosa porque lo que se pretende es crear un espacio temporal de absoluta discrecionalidad policial en el que se puedan efectuar, sin ningún tipo de interferencia judicial y sin las garantías constitucionales, las diligencias preliminares.

Las dudas que planteaba esta medida restrictiva de la libertad han quedado disipadas tras la aparición de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1986 que considera como detención “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto-determinar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación táctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que, siendo admisible teóricamente, la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”. Este planteamiento del TC coincide

también con el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 6 de noviembre de 1980 relativa al caso Guzzardi.

En consecuencia, estaremos en presencia de una detención preventiva en el instante en que no sea posible al ciudadano la elección de la situación en el espacio físico debido a una intervención policial, siendo indiferente, a efectos de calificación, la duración de aquélla. Seguir una opción diferente, es decir, aceptar la necesidad procesal de la «retención» y, por tanto, la inexistencia de control sobre las actuaciones policiales, no sólo supondría un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en los artículos 17 de la CE y 520 de la LECr sino que significaría la consagración de un Estado policial.

Tras la exposición de lo que se entiende por «retención», parece evidente que la técnica de restricción de libertad que introduce el artículo 20 de la LOPSC no debe corresponderse con aquella figura, ya que en el supuesto de que así fuese sería inconstitucional. En efecto, lo que se plantea en la Ley no es la privación de libertad del ciudadano que se niega a la identificación sino, por el contrario, la simple petición realizada por el funcionario por motivos de seguridad para que aquél se identifique; a esta petición, sigue la solicitud de ser acompañado a las dependencias más próximas, en el supuesto de no poder proceder, por diferentes circunstancias, a la comprobación. Parece evidente que durante estas fases el ciudadano puede negarse a la identificación, sin que el Agente pueda practicar la detención por este motivo. En caso de proceder voluntariamente a la comprobación de identidad o acompañar libremente al funcionario a las dependencias policiales, no puede hablarse de detención, ya que no existe privación de libertad al decidirlo así el particular.

En definitiva, en nuestra opinión el artículo 20 no tiene consistencia jurídica alguna; si se trata de institucionalizar la «retención», ésta sería incompatible, como vimos, con el artículo 17.2 de la Constitución; si, por el contrario, lo que se pretende es regular el procedimiento de detención por delitos y faltas, cuál era su necesidad, si ya contamos en nuestro ordenamiento jurídico con los artículos 489 y siguientes de la LECr que lo prevén.

En efecto, en el apartado 4 del artículo 20 de la LOPSC se realiza una remisión al CP y a la LECr, por lo que habrá que estar a lo que tales textos dispongan.

En los supuestos de comisión de faltas hay que seguir el régimen que para estas acciones prevé la LECr. De esta forma, el artículo 495 parte de un principio general consistente en la prohibición inicial de privación de libertad por comisión de faltas, principio que está sometido a la excepción que representa el hecho de carecer de domicilio conocido y no dar la fianza exigida por el funcionario público.

Si se considera que el elemento del tipo -en el ejercicio de sus funciones- equivale a una finalidad pública en la actuación del funcionario y, por tanto, que constituye un elemento esencial del concepto de funcionario público, siempre que falte esa intención de servir a los intereses públicos, en el caso que analizamos, consistiría en la que estos pueden prevenir la comisión de actos delictivos e incluso investigarlos para descubrir y detener a los presuntos culpables. Por otro lado, la LECr dispone que la autoridad o agente de la policía judicial tiene la obligación de detener siempre que tenga motivos racionalmente bastantes para considerar que una persona ha cometido un delito". Dicha detención también puede efectuarse por la comisión de una falta siempre que no se tenga domicilio conocido o no se ofrezca fianza suficiente".

Como puede observarse, el funcionario perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del listado solo actúa en el ejercicio de sus funciones cuando cumple con las finalidades prescritas en la legislación mencionada. En definitiva, solo se ejercita una finalidad pública cuando se realiza la labor de prevención de delitos o cuando se practican detenciones basadas en la presunción de la comisión de un delito o falta. En caso contrario, es decir, si la solicitud de identificación por el funcionario no obedeciera a tal finalidad —indicios racionales de criminalidad o prevención de

delitos—, este no actuaría en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, estaríamos en presencia del delito de práctica ilegal de detención del artículo 167 del CP si, tras la negativa a la identificación, el funcionario llevara a cabo la privación de libertad.

Este planteamiento, sin embargo, no ha sido compartido recientemente por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, que en tres providencias dictadas en torno al tema de las diligencias de identificación v cacheo, ha defendido la tesis según la cual la detención y, por tanto, la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un *sometimiento no legítimo* desde la perspectiva constitucional a las normas de policía.

Según este planteamiento, el ciudadano puede verse obligado a aceptar tales medidas, sin que sobre él recaigan indicios racionales de comisión de un delito o falta, ya que así (se dice en tales providencias) lo disponen los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado (LOFCSE).

Esta tesis, contradice la línea iniciada por el propio TC en la Sentencia, ya citada, de 10 de Julio de 1986 sobre la ilegalidad de la práctica de la “retención”, según la cual hay que entender que sólo es lícita la privación de libertad que responde a los criterios establecidos en los artículos 492 y 495 de la LECr. Asimismo, conculca el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; en efecto, la detención de un no sospechoso, es decir, de un ciudadano sobre el que no recaen motivos razonables de haber cometido una infracción o participado en una acción ilícita (delito o falta) es contraria al artículo 5.1, c del Convenio, ya que este precepto sólo justifica la detención de aquel sobre el que recae o concurre una base objetiva de la que desprenda su posible participación en el hecho delictivo. Pese a esta afirmación, en el caso *Guzzardi*, el TDH entendía que la medida restrictiva de la libertad (como consecuencia de la aplicación de criterios de prevención general) podía extenderse a aquella persona o categoría de personas que aparentan la peligrosidad por su tendencia permanente a la delincuencia; y aunque el Tribunal no concreta la forma en que se manifiesta la intención de transgredir la ley, la jurisprudencia de la Comisión viene exigiendo de modo reiterado la comisión previa de una infracción delictiva.

Ahora bien, si es cierto que la Comisión ha rechazado que la detención de una persona no sospechosa sea acorde con el artículo 5.1, c, del Convenio, en el caso *Mc Veigh, O'Neill y Evans contra Reino Unido*, entendió que esta clase de detenciones estaban justificadas en virtud del artículo 5.1, b, que admite la detención de una persona para garantizar el cumplimiento de una obligación prevista por la ley. Así, mantiene la Comisión que un control de identidad *respeto el principio de la libertad personal* siempre que el ciudadano requerido rehúse tal verificación o cuando el funcionario dude sobre la autenticidad de las señas de identidad que se le ofrecen; en tales supuestos, la detención se justifica como medio para garantizar la ejecución de la obligación. Además, como consecuencia de que la exigencia de entrega inmediata del detenido a la autoridad judicial sólo abarca el apartado c) del número 1 del artículo 5, la Comisión interpreta que tal garantía no se exige en los supuestos de control de identidad del artículo 5.1, b, por lo que justifica —como en el caso *Mc Veigh y otros contra Reino Unido*— una detención de cuarenta y cinco horas.

Por otra parte, las providencias del TC citadas basan la “legalidad” de las diligencias de identificación y cacheo practicadas en ciudadanos no sospechosos en los artículos 11 y 12 de la LOFCSE; sin embargo, curiosamente, a tenor de aquellos preceptos, los funcionarios no se encuentran facultados para practicar detenciones al efecto de proceder a la identificación de esa clase de personas, sino, todo lo

contrario, sólo son competentes para la *prevención de delitos* y para la *práctica de la detención* de los que participen en su comisión.

Del mismo modo, la solicitud de identificación debe basarse en la creencia racional y bastante del funcionario de que la persona a la que se solicita los datos personales ha participado en la comisión de un delito o falta, pudiendo negarse el ciudadano al procedimiento de identificación siempre que el funcionario no motive la solicitud al amparo de los artículos 492 y 495 de la LECr. Asimismo, en los casos en los que el funcionario considere que existen datos objetivos y razonables de que una persona está incurso en un hecho delictivo y practique la detención correspondiente, el artículo 20.3 de la LOPSC establece, entonces, la obligación de hacer constar en un Libro-Registro las diligencias de identificación realizadas, los motivos de la detención y la duración de la misma.

El Agente, en aquellos supuestos en los que el ciudadano se identifique, pese a la comisión de una falta, sólo podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias para la averiguación e identificación del mismo. Igualmente, en el caso de que no llegara a identificarse pero tuviere domicilio, tampoco sería posible la detención, que exclusivamente podría efectuarse en el supuesto de negarse a la identificación, no tener domicilio conocido o no pagar la fianza —proporcional a la falta cometida— que imponga el funcionario.

En definitiva, en ninguno de los dos supuestos previstos por la LOPSC puede el funcionario ejecutar lícitamente la detención; en el supuesto de negarse a llevar a cabo voluntariamente las comprobaciones de identidad, el ciudadano incurre en la comisión de la falta prevista en el artículo 634 del C.P, siempre y cuando el funcionario motive la solicitud de identificación en la existencia de indicios racionales bastantes de que aquel ha cometido un delito o falta. En el segundo supuesto, cuando se produzca la resistencia a los agentes de la autoridad, tampoco será posible la detención, ya que el ciudadano actuaría en legítima defensa frente a la agresión ilegítima que supone cualquier detención basada en la negativa al procedimiento de identificación si el agente que lo solicita carece de indicios de criminalidad.

Finalmente, otra de las cuestiones que pueden plantearse en torno a las relaciones entre la falta del artículo 634 del CP y la LOPSC es el relativo al posible concurso de normas. En efecto, el artículo 26, h de la Ley considera como infracción leve de la seguridad ciudadana "desobedecer los mandatos de la Autoridad o de sus Agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal». Tal infracción puede convertirse en grave siempre que se produzca una tercera desobediencia en el plazo de un año. Las sanciones previstas en tales supuestos son la de multa de 300 € para la infracción leve y de 30.000 € para las graves.

Ahora bien, dado que la negativa de un ciudadano a identificarse, siempre y cuando el funcionario que solicite tal identificación actúe en el ejercicio de sus funciones —en el sentido establecido en estas páginas—, infringe el artículo 634 —al ser una desobediencia leve— del CP, no podrá entrar en juego el artículo 26 de la Ley, ya que ésta, utilizando el criterio de subsidiariedad expresa, remite a la sanción que establece el Código Penal en tales supuestos.

C) ALTERNATIVAS

Nos gustaría finalizar el análisis del artículo 20 de esta prescindible Ley, añadiendo el desencanto que produce ofrecer una visión tan negativa de la evolución de los denominados Estados democráticos.

Pues bien, a pesar de lo expuesto, pensamos que aún nos queda la esperanza del resurgir de la ideología de los derechos de la ciudadanía; una ideología en la que el

concepto «solidaridad», como valor predominante, debe hacer frente a la instrumentalización sistemática del concepto "seguridad".

INSTRUCCIÓN SÉPTIMA.- El empleo de la fuerza en la detención.

A) ESTUDIO COMPARATIVO

1.- Instrucción vigente:

1.- Excepcionalmente el agente policial está legitimado para emplear la fuerza durante la detención cuando se produzca una resistencia a ésta, cuando la detención se practique en circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana, así como en los supuestos en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida del agente, su integridad física o la de terceras personas.

2.- Como primera medida de actuación, el agente policial debe identificarse y dar a conocer la legitimidad de su presencia. Puede añadir otras palabras conminatorias para que el sujeto deponga cualquier posible actitud violenta.

3.- Siempre que para efectuar la detención se requiera ineludiblemente del empleo de la fuerza, el agente debe asegurarse de que la intensidad y el medio utilizado son los más idóneos y acertados, para lo cual actuará conforme a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

*a) Por **oportunidad** debe entenderse la necesidad o no de recurrir a la coacción física en la detención, de acuerdo con los datos conocidos sobre la situación y el sujeto en cuestión.*

El agente deberá sopesar las circunstancias propias del lugar, el conocimiento de la persona sospechosa, su peligrosidad o reacciones previsibles y su experiencia previa para determinar si la detención puede realizarse mediante la utilización de otros medios no violentos que la técnica profesional pone a su alcance.

*b) La **congruencia** supone que el agente, una vez haya decidido el empleo de la fuerza y para que éste sea legítimo, habrá de elegir, de entre los medios legales previstos y disponibles, el que sea más idóneo y que mejor se adapte a la concreta situación, valorando, para ello, las prestaciones del medio agresivo, sus*

características, grados y demás efectos que respondan a la situación y finalidad legal pretendida.

El agente actuará con la destreza adquirida en la instrucción recibida, tanto en el dominio del medio agresivo como en el conocimiento de sus técnicas de empleo. Concorre con la destreza el mantenimiento, por parte del agente policial, de la serenidad emocional y el autocontrol, aun en situaciones de riesgo.

c) La **proporcionalidad** supone que, una vez decidido el empleo de la fuerza y el medio idóneo, el agente deberá adecuar la intensidad de su empleo, de forma que no sobrepase la estrictamente necesaria para conseguir el control de la persona, quedando absolutamente proscrito todo exceso.

d) Para ello, el agente deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- Tendrá la obligación de causar la menor lesividad posible. La selección de las partes no vitales, la graduación en la contundencia y el modo de ejecución de los actos violentos deben estar dirigidos a neutralizar a la persona objeto de la detención.

- Proporcionará una respuesta gradual y apropiada a cada situación. La graduación de la mayor o menor fuerza empleada por el agente se corresponderá a la agresividad de la respuesta del detenido, debiendo volver a ser descendente en la medida en que la situación se vuelva propicia para facilitar la detención deseada.

4.- El agente sólo hará uso de armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y siempre de conformidad con los citados principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

5.- Está terminantemente prohibida la utilización, durante la detención o en cualquier otro servicio policial, de armas que no estén incluidas en los equipamientos oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cuya utilización no haya sido autorizada expresamente.

6.- En todo caso, sea cual fuere o hubiera sido el comportamiento del detenido, no se justifica ningún tipo de violencia cuando aquél haya sido inmovilizado.

7.- En el caso de detenciones de personas gravemente afectadas por la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o afectadas por algún tipo de trastorno mental, incluso transitorio, se procederá a su traslado a un centro sanitario a la mayor urgencia posible.

2.- Legislación anterior:

El Derecho a la Integridad Física de los ciudadanos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

En principio, el Estado tiene obligación de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en relación a los artículos 9, 10,14,15,16 y 21 de la Constitución, relativos a los principios de legalidad, dignidad de la persona, igualdad y derecho a la integridad física; son en definitiva los derechos inviolables que le son inherentes .

Los derechos fundamentales son derechos inherentes a la persona, anteriores a cualquier norma, inviolables e irrenunciables, y las normas positivas no pueden hacer más que reconocerlos.

En idéntico sentido, reseñamos a continuación los Tratados Internacionales que ha suscrito el Estado español, en relación con el derecho a la dignidad e integridad física, respectivamente, que, a saber, son: Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de Diciembre de 1948, en su art. 3; por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrito en Roma el 4 de Noviembre de 1950, arts. 2 y 5.1 y por el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966; arts. 9 y 10, a cuya Declaración, Convenio y Pacto remiten los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución.

Mención especial hacemos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual adoptó la referida Convención en base a la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del Artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y con el objetivo de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo.

Así en el art. 1 de la Convención define el término "tortura" como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, conforme dispone el art. 149.1.29ª de la Constitución.

Las obligaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dependientes del Ministerio de Interior, se establecen en los arts. 1.4, 5.1 a) y b) y 2 c) y d), de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986, de 13 de de Marzo.

El art. 1.4 de la LOFCSE contiene que el mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, éstas son las que dependen del Gobierno de la Nación (Policía Nacional y Guardia Civil), los cuerpos de policía dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales, según dispone el art. 2 de la LOFCSE.

El art. 5.1, a) y b) refieren los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son, entre otros, los siguientes: ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.

El art. 5.2, c) y d) expresa las relaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con la comunidad, las cuales se rigen por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, debiendo utilizar armas en las circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios expresados.

En consecuencia: Se contempla en el apartado 2, a) de este art. 5 que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado observarán un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos.

Así como, se contiene en el art. 5 de la LOFCSE, apartado 3, relativo al tratamiento de los detenidos, el tenor literal siguiente:

A) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

B) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.
C) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona.

El art. 9 de la misma Ley sustantiva, expresa que el Cuerpo Nacional de Policía, que es un Instituto Armado de naturaleza civil, depende del Ministerio del Interior.

A su vez, en el art. 10. 1 y 2 de la LOCFSE determina la competencia al Ministro del Interior de la administración general de la seguridad ciudadana y el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dicho mando será ejercido por el *Director de la Seguridad del Estado*, del que dependen directamente la *Dirección General de la Policía*, a través de la cual se coordinará la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Por último, el art. 11 de la Ley sustantiva expresa que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes, entre otras, funciones, y en concreto en el subapartado d), el tenor literal: *“Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana”*.

Existe una Orden del Ministerio del Interior, de 10 de Septiembre de 2001, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía, destacando como más sobresaliente para el supuesto que nos ocupa la estructura de la *Comisaría General de Seguridad Ciudadana*, regulada en el art. 7, estando integrada por las unidades siguientes, entre otras, en el apartado Cinco la Jefatura de Unidades de Intervención Policial y de Servicios Especiales, la cual tendrá la función siguiente:

Asume la prevención, mantenimiento y, en su caso, restablecimiento del orden público, así como la coordinación y control de las Unidades de Intervención Policial, sin perjuicio de la dependencia funcional de las mismas de la respectiva Jefatura Superior o Comisaría Provincial donde tengan su sede. Igualmente, le incumbe la coordinación de los servicios especiales del área de Seguridad Ciudadana.

Las Unidades de intervención Policial (U.I.P.) fueron creadas mediante Real Decreto 1668/1989, de 29 de Diciembre, el cual fue desarrollado mediante Orden del Ministro del Interior, de 15 de febrero de 1990, siendo modificada por otra Orden del mismo Departamento, de 11 de diciembre de 2000.

El art. 1, c) del Real Decreto referido, entre otras misiones determina a las U.I.P. su intervención en grandes concentraciones de masas, reuniones en lugares de tránsito público, manifestaciones y espectáculos públicos.

B) CRÍTICA A LA INSTRUCCIÓN SÉPTIMA.- EL EMPLEO DE LA FUERZA EN LA DETENCIÓN

La legislación vigente estudiada deja un margen a los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado para la utilización de la fuerza en la detención en tres casos excepcionales: resistencia, seguridad ciudadana y la del propio agente. En la práctica diaria nos encontramos con una realidad en la que se producen situaciones de torturas. La Coordinadora para la Prevención de la Tortura, en el Informe de 2007,

recoge desde su constitución, en el año 2004, 2.460 casos denunciados por 5.150 personas, y en concreto el total de casos de 2007 ascienden a 319 siendo los denunciados 689, por los motivos siguientes:

Aislamiento/incomunicación: 43 personas

Movilizaciones sociales 227 “

Migrantes 102 “

Personas presas 82 “

Menores internados 12 “

Incidente de tráfico 51 “

Otros 182 “

Muertes bajo custodia 60 “

Podéis consultar en la Web de la Coordinadora los datos referidos anteriormente:

http://www.prevenciontortura.org/Informe2007/INFORME_2007_RESUMEN.pdf

C) ALTERNATIVAS

Las RECOMENDACIONES de las “Jornadas sobre la Prevención de la Tortura, la Implantación del Protocolo Facultativo contra la Tortura y las Recomendaciones del Relator de la ONU”, realizadas por la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, en Barcelona, 3 y 4 de Febrero de 2006, y en relación al uso de la fuerza, son las siguientes:

1ª Las más altas autoridades e instituciones de todo el Estado deberán refirmar pública y oficialmente la prohibición, en toda circunstancia, de toda forma de tortura y/o trato inhumano o degradante, así como reconocerán la existencia más que esporádica de este fenómeno en el Estado español.

2ª Se deberá garantizar, con rapidez y eficacia, que toda persona detenida por las Fuerzas de Seguridad del Estado tenga garantizados los derechos de:

a) acceder a un abogado de confianza antes de prestar declaración. En el caso de que la persona detenida elija ser asistido por abogado de oficio, la actividad de estos deberá seguir un protocolo de actuación, además de contar con experiencia en la asistencia.

b) ser examinados por médicos de su confianza, garantizándose que los médicos forenses que intervengan en casos de tortura y/o malos tratos trabajen en base a protocolos y estándares internacionales –entre ellos el Protocolo de Estambul- y acrediten una formación especial para el diagnóstico de las torturas tanto físicas como psíquicas y para la valoración de sus secuelas, y

c) que su familia y allegados sean informados del hecho y lugar de su detención así como su estado de salud y situación judicial.

3ª La detención incomunicada y el régimen de aislamiento penitenciario crean condiciones que facilitan la práctica e impunidad de la tortura, dotando de sistematicidad a la práctica de la tortura. Por ello, estos mecanismos excepcionales deberán ser inmediatamente suprimidos, así como aquellas legislaciones y tribunales que los utilizan y amparan, como la Audiencia Nacional, recuperándose la figura del juez natural. Asimismo, deberían suspenderse y archivarse todos los procedimientos penales sustentados en inculpaciones o autoinculpaciones arrancadas bajo tortura a las personas detenidas.

4ª Sin perjuicio de lo anterior se pondrán en marcha mecanismos de prevención que impidan la práctica de la tortura. Para ello, toda detención debe comenzar con una toma de declaración a la persona detenida sobre si se acoge el derecho constitucional a no declarar. En este último caso, el detenido será puesto inmediatamente a

disposición judicial, y ningún interrogatorio ni declaración del mismo, emitida con posterioridad a dichas manifestaciones y hasta su comparecencia ante el juez, tendrá validez. Los interrogatorios constarán de la identificación de las personas presentes y la acreditación de su función en el interrogatorio y/o proceso judicial. Los interrogatorios, así como toda la estancia en comisaría, deberían ser registrados con mecanismos audiovisuales cuyo control y revisión debería ser realizado por organismos independientes de las fuerzas policiales y sus responsables políticos directos. Deberá prohibirse expresamente que haya personas que vayan encapuchadas en las dependencias policiales y en las sesiones de interrogatorio.

5ª Ninguna persona detenida o presa debe verse sometida a aislamiento sensorial de clase alguna y se debe prohibir expresamente que sus ojos sean vendados o sus cabezas encapuchadas o sus oídos tapados. Asimismo, se debe incautar todo material anti-reglamentario (tanto defensivo como ofensivo) que pueda encontrarse en las dependencias de los funcionarios. Igualmente se garantizará que ninguna técnica de interrogatorio de las expresamente prohibidas por el artículo 16 de la Convención contra la tortura sea aplicada en el Estado español.

6ª El Gobierno ratificará el Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, y garantizará la independencia del Mecanismo Estatal de Prevención y de los Mecanismos Locales de Prevención previstos en dicho Protocolo. Para ello, aceptará que el desarrollo real de este protocolo debe desarrollarse en consenso con la sociedad civil, las organizaciones activas en la materia y los mecanismos internacionales de control. Los Mecanismos diseñados en desarrollo del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes tendrán plena libertad para visitar e inspeccionar los centros de detención –en el sentido amplio del término que recoge dicho Protocolo-, supervisar la actividad de los médicos forenses y en especial el cumplimiento de los estándares internacionales de actuación, asesorar la investigación de las denuncias, informar y ser informado por los jueces, así como supervisar la efectiva ejecución de las sanciones a los funcionarios infractores.

En la actualidad El Gobierno firmó el Protocolo el 3 de abril de 2005 y fue ratificado un año después. En Diciembre de 2006 el Gobierno propuso a espaldas de la sociedad civil al Ex Fiscal General del Estado, Leopoldo Torres, para formar parte del Subcomité Internacional para la Prevención de la Tortura. Encontrándonos en la actualidad que por parte del Gobierno no se han puesto en marcha los Mecanismos Locales y Estatales de Prevención previstos por este Protocolo.

INSTRUCCIÓN OCTAVA.- Registros personales en la detención.

A) ESTUDIO COMPARATIVO

La Instrucción que analizamos, en su exposición previa, manifiesta que los objetivos de la misma son *“alcanzar una más eficaz protección de los derechos del detenido y mayor claridad en las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, “continuar salvaguardando tales derechos (del detenido)”, así como “dotar a los agentes de las garantías jurídicas suficientes con ocasión de la práctica de la detención y la posterior custodia”*.

Y, para conseguir dichos objetivos, incluye *“NUEVAS instrucciones, PRECISAS Y ACTUALIZADAS”*, entre las que se incluye la Instrucción Octava, objeto de este análisis.

Partiendo de las presentes afirmaciones, realizaremos un estudio comparativo entre la legislación vigente con anterioridad a la referida Instrucción 12/2007, y la Instrucción misma, en lo que se refiere a los registros personales en la detención.

Legislación vigente con anterioridad a la Instrucción 12/2007

La Constitución Española, establece lo siguiente:

Art. 9.3: *“La Constitución garantiza (...) la seguridad jurídica (...) y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

Art. 10.1: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

Art. 15: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)”*.

Art. 17: *“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 (...)”*.

3.- *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar (...)”*.

Art. 18.1: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Art. 24.2: *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece:

Art. 282: *“La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar todos los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro (...)”*.

Art. 334: “El Juez Instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo (...)”.

Art. 520.1: “La detención (...) deberán practicarse de la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”.

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, prevé, dentro de los Principios Básicos de Actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo siguiente:

Art. 5.1.a: “Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”.

Art. 5.1.b: “Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión”.

Art. 5.1.c: “Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente”.

Con respecto al “Tratamiento de detenidos”, especialmente dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

Art. 5.3.b: “Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieran o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas”.

Y, entre sus funciones establece:

Art. 11.1 f): “) Prevenir la comisión de actos delictivos”.

Art. 11.1 g): “Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito (...)”.

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone:

Art. 18: “Los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que, en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, procediendo a su ocupación. Podrán proceder a la ocupación temporal, incluso de las que se lleven con licencia o permiso y de cualesquiera otros medios de agresión, si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de las cosas”.

Art. 19, párrafo 3º: “Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, **al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales** con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos

prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Instrucción Octava.- Registros personales en la detención

A modo de resumen, esta Instrucción, que pretende ser nueva, precisa y actualizada, recoge las siguientes obligaciones:

- El cacheo es preceptivo en el caso de las detenciones.
- El cacheo es preceptivo ante sospechosos potencialmente peligrosos.
- En el resto de ocasiones, para practicar un cacheo se exige la existencia de indicios racionales que lo aconsejen.
- Nunca se podrá realizar un cacheo de forma arbitraria.
- Cuando se realicen cacheos de detenidos en la vía pública, los funcionarios policiales deberán buscar el lugar más idóneo y discreto posible.
- Se realizará un registro de seguridad al detenido, que será completado, de manera más exhaustiva, una vez que éste se encuentre en dependencias policiales.
- Traslado inmediato del detenido a un centro sanitario, para practicar un reconocimiento médico, ante posibles lesiones observadas por los funcionarios actuantes o manifestadas por el detenido, en el momento de registro.
- El cacheo se llevará a cabo por persona del mismo sexo que la persona cacheada. Se exceptúan los casos de urgencia.
- El criterio a seguir, para realizar el cacheo, es el de máximo respeto a la identidad sexual de la persona cacheada, especialmente, en el caso de las personas transexuales.
- El cacheo se realizará, preferiblemente, utilizando material de protección adecuado, especialmente en los casos en que haya riesgo de contagio de enfermedad infecto-contagiosa.
- El detenido será cacheado antes de entrar en el calabozo, registrando y requisando todos los utensilios que pudiera portar.
- Son de aplicación las “Normas de actuación de la Policía Judicial en recintos aduaneros respecto de las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales, de 14 de noviembre de 1988”.
- En los registros con desnudo integral, se remite a las Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad nº 7/1996 y 19/2005.

Teniendo en cuenta que la presente Instrucción 12/2007, según las propias palabras recogidas en la misma, tiene como objetivo alcanzar una “más eficaz protección de los derechos del detenido”, a la vista del contenido de la Instrucción Octava no podemos más que afirmar que no existe, en ninguno de sus puntos, norma alguna dirigida a esa mayor protección ni novedad o modificación alguna con respecto a la normativa ya existente, por las siguientes razones:

1º.- Con respecto a la obligatoriedad del cacheo en caso de detención: La normativa existente en relación con registros personales es escasa e indeterminada, lo que permite a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado un amplio margen de actuación, amparado por la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina constitucional ofrecen sobre esta práctica policial.

Incluir en esta Instrucción que el cacheo en caso de detención será preceptivo, no constituye una orden actualizada, puesto que esta actuación se realiza sistemáticamente y en todos los casos, en caso de detenciones y, además, es justificada por la amplia interpretación que se ha dado a la normativa existente que

confiere a los policías, en el art. 11.1 g) de la Ley 2/86, de 13 de marzo, la función de asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito.

Así mismo, esta orden no sirve para alcanzar una más eficaz protección de los derechos de los detenidos ya que el cacheo, en cualquier caso, restringe esos derechos.

2º.- Con respecto a la obligatoriedad del cacheo ante sospechosos potencialmente peligrosos: Reiterando lo manifestado en el punto anterior, nada novedoso nos ofrece esta orden ya que el propio art. 19.2 de la La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana permite a los policías efectuar cacheos con el fin de descubrir y detener a los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social.

En cualquiera de los dos supuestos (hecho delictivo causante de grave alarma social – sospechosos potencialmente peligrosos), nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación se deja al libre albedrío de los policías que estén realizando la actuación, por lo que ni se ha precisado nada ni se orienta dicha norma a obtener una mayor protección de los derechos de los detenidos que se mantienen en la vía de la inseguridad jurídica.

3º.- Con respecto a que, en el resto de casos, la práctica de un cacheo exige la existencia de indicios racionales que lo aconsejen y que no se podrán realizar de forma arbitraria: La orden aquí dictada, en primer lugar, no es precisa porque exige la existencia de indicios racionales, pero ¿indicios racionales de qué?. En este punto, tenemos que suponer, puesto que no se manifiesta expresamente, que se refiere a la existencia de indicios racionales de que se ha cometido un delito o que se va a cometer y, en esos casos, volvemos al art. 19.2 de La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, así como a las funciones encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, previstas en el art. 11.1 f) y g), acerca de la prevención de la comisión de delitos y la investigación de los ya cometidos.

Así mismo, la afirmación referida a la prohibición de realizar cacheos de forma arbitraria es innecesaria ya que el art. 5.1.a de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo obliga a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y la propia Constitución, en su art. 9.3 prohíbe taxativamente la arbitrariedad de los poderes públicos.

Es decir, que no se añade nada nuevo y seguimos encontrándonos ante la misma situación de indefinición acerca de los límites de la actuación de la policía que existía con anterioridad a la Instrucción 12/2007.

4º.- Con respecto a que los cacheos de detenidos realizados en la vía pública deberán realizarse en el lugar más idóneo y discreto: Nuevamente, nada nuevo nos ofrece este punto de la Instrucción Octava ya que la protección que pretende de la dignidad, el derecho al honor y a la intimidad de las personas detenidas, viene dada por la Constitución Española al reconocerlos como derechos fundamentales en sus arts. 10 y 18.

Igualmente, el art. 5.3.b de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece como principio básico de sus miembros el respetar la dignidad y el honor de las personas detenidas.

Y el art. 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a que la detención debe practicarse en la forma en que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio.

5º.- Con respecto a la obligación de realizar un registro de seguridad del detenido, requisando todos los utensilios que pudiera portar: En Instrucciones anteriores, como por ejemplo, la Instrucción 19/1995, de 13 de septiembre, y el Escrito de 20 de enero de 2003 de la Subdirección General Operativa, impartiendo instrucciones sobre custodia de detenidos, ya se ha contemplado la necesidad de realizar cacheos a los detenidos con el fin de garantizar la integridad física de los funcionarios actuantes y de los detenidos.

Así mismo, la práctica consistente en realizar registros de seguridad a los detenidos viene amparada por el art. 5.3.b de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, que exige a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado velar por la vida e integridad física de los detenidos.

Finalmente, y con respecto al cacheo exhaustivo del detenido con anterioridad al ingreso en el calabozo, enumerando los objetos que deben ser retirados, la Instrucción Octava que analizamos es una copia del Escrito de Medidas de 20 de enero de 2003, de la Subdirección General Operativa, dirigido a los Comisarios Generales, Jefes Superiores de Policía y Comisarios de Ceuta y Melilla. Por tanto, ninguna novedad se ofrece en este extremo.

6º.- Con respecto a la obligación de que el registro personal sea realizado por funcionarios del mismo sexo: Esta medida se encuentra directamente relacionada con la protección del derecho a la intimidad de las personas, por lo que la práctica de los registros personales por funcionarios del mismo sexo que los detenidos es garantizada por el art. 18 de la Constitución Española en relación con el art. 10 del mismo Texto Legal.

La mención expresa de los transexuales, manifestando que *“el criterio a seguir siempre en esta operación es el de máximo respeto a la identidad sexual de la persona cacheada, lo que deberá tenerse en cuenta muy especialmente en el caso de personas transexuales”* no establece qué criterios deben seguir los policías con respecto al sexo que debe tener el funcionario que realice un cacheo en estos casos, ya que permite a cada policía actuar en función de lo que él mismo entienda por “identidad sexual”.

En cualquier caso, se podría haber tomado como guía la Instrucción 7/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, así como el contenido de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para determinar criterios basados, por ejemplo, en las características físicas de la persona detenida o en su identidad psico-social.

7º.- Con respecto al traslado del detenido a un Centro Sanitario: Nos remitimos a la Instrucción Tercera ya que este punto de la Instrucción Octava es una reiteración del contenido de aquélla.

8º.- Con respecto a la utilización de material de protección adecuado, sobre todo, en caso de enfermedad infecto-contagiosa: Las Instrucciones existentes con anterioridad a la Instrucción 12/2007, dictadas por el Secretario de Estado de Seguridad, referidas a registros corporales, incluyendo los desnudos integrales ya se han ocupado de señalar que uno de los objetivos primordiales de estas actuaciones es garantizar la seguridad de los funcionarios actuantes.

Esta medida concreta forma parte de dicho objetivo y nada aporta a una más eficaz protección de los derechos del detenido ya que prevé la utilización de protección “especialmente” en caso de riesgo de contagio de enfermedad infecto-contagiosa, protección que, según la lectura de esta medida, parece referida exclusivamente a los funcionarios actuantes, pero en ningún caso referida a los detenidos. De todas maneras, la utilización de material de protección, especialmente en caso de riesgo de enfermedades infecto-contagiosas vendría exigida por el art. 15 de la Constitución Española que reconoce el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.

9º.- Con respecto al registro de personas portadoras de drogas en cavidades corporales: Ninguna novedad se ofrece porque la Instrucción Octava claramente se remite a las “Normas de actuación de la Policía Judicial en recintos aduaneros respecto de las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales, de 14 de noviembre de 1988”.

10º.- Con respecto a los registros con desnudo integral: Igualmente, debemos manifestar que no existe novedad por cuanto esta Instrucción Octava se remite a las Instrucciones nº 7/1996 y 19/2005, del Secretario de Estado de Seguridad.

B) CRÍTICA A LA INSTRUCCIÓN OCTAVA.- REGISTROS PERSONALES EN LA DETENCIÓN

La Instrucción analizada, referida a los registros personales, tiene como objetivo (al igual que el resto del contenido de la Instrucción 12/2007 en la que se incluye) alcanzar una mayor protección de los derechos del detenido y mayor claridad en las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Ninguno de estos objetivos se consigue con la referida Instrucción ya que la misma continúa plagada, al igual que la casi inexistente regulación legal de esta práctica policial, de conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación se deja en manos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Una interpretación que, en la mayoría de los casos, no es en absoluto restrictiva, en atención a la protección de los derechos fundamentales que se ven afectados por estas actuaciones, y que, además, infringe el principio de seguridad jurídica que se debe garantizar a los ciudadanos para que puedan conocer los límites de la actuación policial en relación con la protección de sus derechos.

En esta Instrucción encontramos términos como: “sospechosos especialmente peligrosos”, “indicios racionales”, “lugar más idóneo y discreto posible”, “identidad sexual de la persona cacheada (...) muy especialmente en el caso de las personas transexuales”, “registro de seguridad del detenido”, “manera más exhaustiva”, etc.

La Instrucción 12/2007, en su exposición inicial hace referencia, entre otros, al Código Europeo de Ética de la Policía, que forma parte de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 19 de septiembre de 2001, manifestando que, como marco jurídico internacional protector de los derechos de las personas detenidas, ha influido notablemente en la configuración del vigente estatuto policial español.

Pues bien, en dicho Código, se establece, entre otros principios:

Punto 4. “La legislación que rige la policía debe ser accesible a los ciudadanos y suficientemente clara y precisa; llegado el caso, debe completarse con reglamentos claros igualmente accesibles a los ciudadanos”.

Punto 47. “Las investigaciones de policía deben fundarse al menos en sospechas razonables de que una infracción ha sido cometida o va a cometerse”.

Sin embargo, la Instrucción Octava contraviene claramente estos principios ya que:

1º) Reiterando lo dicho, el contenido de dicha instrucción utiliza una serie de conceptos que impiden conocer los verdaderos límites de la actuación policial consistente en el registro personal.

Por tanto, debemos poner de manifiesto que lo ordenado en la Instrucción Octava, unido a la escasísima legislación existente sobre la actuación policial en registros personales, no cumple con el principio, contenido en el Código Europeo de Ética de la Policía, que exige que la legislación que rige la policía debe ser accesible a los ciudadanos y suficientemente clara y precisa.

Prueba de ello es, por ejemplo, la referencia a la “identidad sexual” como criterio que se debe seguir “especialmente” en el caso de personas transexuales. Este término que, por una parte, no garantiza que una persona transexual detenida pueda exigir, en el momento del cacheo, que el funcionario que lo realiza sea de un determinado sexo; por otra parte, tampoco ofrece ninguna aclaración para que los agentes actuantes puedan conocer de qué sexo tiene que ser el agente que realice el cacheo a fin de garantizar la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y a la dignidad de la persona detenida ya que, en el momento en que esta Instrucción fue repartida, el Sindicato Unificado de Policía ya puso de manifiesto la “falta de claridad” del término identidad sexual, lo que podría conllevar denuncias contra los agentes que no sabrían si considerar el sexo que figure en el DNI o el sexo manifestado por el ciudadano, con independencia de si se encuentra o no operado.

2º) La Instrucción ordena que el cacheo sea preceptivo en el caso de “sospechosos potencialmente peligrosos”.

Esta afirmación contraviene el principio que exige que cualquier investigación de la policía debe fundarse, al menos, en sospechas razonables de que una infracción ha sido cometida o va a cometerse, así como el principio que exige que la legislación de la policía debe ser clara y precisa.

Ordenar como preceptivo el cacheo de personas que los miembros de las FCSG puedan considerar “ sospechosos potencialmente peligrosos”, sin exigir que existan indicios racionales de que se ha cometido o se va a cometer una infracción penal, supone permitir a estos agentes de la autoridad utilizar cualquier criterio para justificar un cacheo ya que la decisión que se debe tomar para determinar la obligatoriedad de un cacheo según este criterio, dependerá de los sentimientos o pensamientos que formen parte del fuero interno del funcionario, es decir, se trata de un criterio subjetivo difícilmente controlable.

Además, ampliar el ámbito de actuación con respecto a los registros personales, más allá de los casos en los que existan indicios racionales de que se ha cometido o se va a cometer una infracción penal, excede de las competencias otorgadas por el art. 19, párrafo 3º de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero que relaciona directamente la actuación de la policía con la comisión, probable o efectiva, de un hecho delictivo, así como de los límites que fija el Código Europeo de la Ética de la Policía a las investigaciones policiales, como “marco jurídico internacional” que define las reglas de conducta ética profesional aplicable a la labor policial.

Finalmente, debemos resaltar que, en la presente Instrucción Octava, no se recoge ninguna orden novedosa que contribuya a aumentar la protección de los derechos de las personas detenidas y de cualquier otra persona que sea sometida a un cacheo, por lo que los ciudadanos continuarán desconociendo los límites de la actuación policial en este aspecto, y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado conservarán un amplio margen de actuación, al que ha contribuido la interpretación jurisprudencial existente acerca de los registros personales, que, entre otras cosas, manifiesta que:

- los registros personales son considerados diligencias policiales, por lo que se les niegan las garantías inherentes a la detención.
- los registros personales se consideran intromisiones leves en los derechos fundamentales.
- la proporcionalidad exigida para justificar la racionalidad de un registro personal existe siempre que el resultado del registro sea positivo, es decir, que una vez obtenido este resultado, se veda la posibilidad de cuestionar la actuación policial en caso de que se pueda haber producido una vulneración de derechos fundamentales y en caso de que se haya actuado sin existencia de indicios racionales de que se ha cometido un delito o que se pudiera cometer.
- el cacheo no constituye una forma de incriminación.

C) ALTERNATIVAS

Mientras la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado siga contando con el amparo desmesurado de los poderes del Estado, las alternativas a esta práctica policial, como viene planteada en la actualidad, son prácticamente nulas.

Se hace necesario, en primer lugar, exigir una normativa verdaderamente clara y precisa que permita a los ciudadanos conocer hasta dónde puede llegar la actuación policial cuando son sometidos a un cacheo, saber si, por ejemplo, en un cacheo que se practique en un control preventivo, es exigible vaciar lo que se lleva en los bolsillos, bolsos, maletas, etc. O saber si la negativa a vaciar un bolso, permite una detención por desobediencia a la autoridad, como puede ocurrir cuando el ciudadano exige que se respete su derecho fundamental a la intimidad.

En segundo lugar, consideramos imprescindible la creación de un sistema de control, independiente e imparcial, de la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Y, en tercer lugar, debería producirse una modificación de la actuación de los órganos judiciales en lo que se refiere a la investigación de denuncias por extralimitación, en sus funciones, de los agentes de la autoridad, ya que, en la actualidad, la tramitación y la investigación que se lleva a cabo con ese tipo de denuncias es completamente insuficiente, contribuyendo así a la impunidad de ciertas actuaciones policiales que vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, debería ser modificada, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina constitucional, en varios aspectos como, por ejemplo, en el relativo a que el registro personal, en ningún caso, constituye una forma de autoincriminación, a que se niegan cualquiera de las garantías inherentes a la detención en las prácticas de registros personales y, fundamentalmente, a que la valoración sobre la proporcionalidad y la justificación racional de la medida puede realizarse ex post, de forma que, siendo positivo el resultado del registro, ambos requisitos quedan cumplidos, impidiendo entrar a valorar la existencia o no de una violación de derechos fundamentales.

Mientras no se produzca ningún cambio en esta materia, cualquier ciudadano en cualquier circunstancia se expone a ser objeto de un cacheo o registro personal cuyos límites podrán ser marcados por el agente de la autoridad actuante, sin posibilidad de exigir, con anterioridad al registro, el respeto a ciertos derechos fundamentales afectados por esta actuación, y con grandes dificultades para poder denunciar, con posterioridad a la actuación policial, la violación de derechos fundamentales.

INSTRUCCION NOVENA.- Inmovilización del detenido, el esposamiento.

Entre las medidas que pueden ser adoptadas con ocasión de la detención, se encuentra la del esposamiento, en los supuestos previstos en el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, en dicho precepto se señala:

“no se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Esta medida deberá ser temporal, y solo subsistirá el tiempo estrictamente necesario”.

Por tanto, a tenor del contenido de la Ley Rituaria, se considera una medida extraordinaria que debe ser utilizada solamente en los supuestos señalados y limitada en el tiempo.

En la Instrucción se deja al arbitrio del funcionario que practica la detención o conducción del detenido la decisión de aplicar la medida o no, **en atención a factores como las características del delito o la actitud del detenido**, haciéndose especial hincapié en que deberá valorarse por el agente la conveniencia de su aplicación, al entender que puede verse perjudicada la reputación del detenido y en un afán de proteger el derecho a la intimidad del mismo. Así, se hace mención a la finalidad de *“incrementar la discreción”* y *“no perjudicar la reputación”*. Sin embargo, la práctica mayoritaria de la actuación policial no casa demasiado con dicha finalidad. Y no parece que el texto aprobado vaya a tener ninguna utilidad de cara a una mayor adecuación en sus intervenciones al carácter de medida extraordinaria, se trata simplemente de unas recomendaciones que no añaden nada nuevo y que deben ser interpretadas por cada agente.

Así, si nos remontamos a la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 21/1986 de 13 de marzo, en el Capítulo II: Principios básicos de actuación, y, concretamente, en el apartado 3 del artículo 5, que trata del Tratamiento detenidos:

“b) velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentran bajo su custodia y respetaran el honor y la dignidad de las personas.

c) darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando proceda la detención de una persona”

A nuestro entender, se desaprovecha la oportunidad para regular con más concreción el uso de estas medidas, por cuanto es evidente que los agentes policiales vienen obligados a cumplir con el ordenamiento jurídico, máxime cuando en su actuación pueden generar limitaciones o perturbaciones a los derechos fundamentales de las personas detenidas.

Y solo a título de ejemplo sin que sea tampoco una regulación perfecta, en el Proyecto de Código de Ética de la policía catalana recientemente dado a conocer a la opinión pública, se dice (traducido del catalán);

“Art. 70. En la práctica de la detención, debe recurrirse al uso de la fuerza solo cuando resulte estrictamente necesario en función de la gravedad de la infracción penal que motiva la detención y de la actitud hostil i/o agresiva de la persona detenida y de acuerdo con los criterios siguientes:

1. El agente que, excepcionalmente, practique una detención por la comisión de una simple falta debe evitar la inmovilización de la persona mediante el uso de esposas, excepto si concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen.

2. El uso de esposas debe aplicarse con criterios muy restrictivos, sólo cuando sea necesario, especialmente cuando la actuación policial tiene lugar en un espacio público, a fin de evitar a la persona detenida los sentimientos de temor y vergüenza que genera ser inmovilizada públicamente” (15)

15. Informe del Comité de Prevención de la Tortura, 1992

En la Instrucción que se comenta ni siquiera se efectúa mención alguna a los supuestos de detención por hechos que pueden tipificarse como falta, cuando la práctica diaria policial nos da ejemplos constantemente de que en dichos supuestos se procede habitualmente a la inmovilización de la persona detenida.

En el segundo apartado de la repetida Instrucción se hace referencia al momento y condiciones en que debe llevarse a efecto el esposamiento. Así, se manifiesta que **“con carácter general, se llevará a cabo después de proceder al registro o cacheo del detenido, con el fin de inmovilizarle para prevenir agresiones o intentos de fuga, situando las manos en la espalda sin perjuicio de las situaciones que aconsejen realizarlo frontalmente”**.

Y a continuación se aconseja la utilización prioritaria de los sistemas reglamentarios, con la posibilidad en circunstancias excepcionales de urgencia o según la clase de servicio, provisionalmente, se podrán utilizar manillas de plástico, lazos de seguridad o similares, cuyo uso se haya autorizado expresamente.

A nuestro entender, inconcreción total y falta de normativa clara de aplicación, dejando su interpretación al arbitrio del funcionario. Por lo demás, resulta demasiado habitual la utilización de dispositivos no reglamentarios por agentes policiales que practican detenciones, y que en numerosas ocasiones causan disfunciones en las capacidades físicas de los detenidos, sufrimientos innecesarios, cuando no directamente lesiones más o menos graves.

En el apartado 3 de la expresada Instrucción se efectúa una consideración de carácter genérico encaminada a llamar la atención de los agentes policiales, al objeto que tomen conciencia de las consecuencias que para los detenidos puede acarrear la prolongación de la inmovilización, si bien finaliza con un recordatorio sobre los fines de aquélla (la evitación de la huida o la autolesión del detenido).

También se efectúa una mención a que deberán tenerse en cuenta las circunstancias excepcionales que pueden concurrir en algunos casos para rebajar o modular los efectos de la medida analizada (concretamente, mujeres en avanzado estado de gestación, o personas que presenten malformaciones o impedimentos físicos).

Y, finalmente, en el apartado 4 se recomienda evitar la prolongación innecesaria de exposición al público más allá de lo imprescindible.

Desde luego que, en conjunto, la Instrucción NOVENA a nuestro entender no aporta ninguna novedad relevante a la normativa ya existente.

INSTRUCCIÓN DECIMA.- Traslados de personas detenidas.

Este apartado consta concretamente de tres subapartados en los que se limita a esbozar de manera muy genérica la forma y condiciones que deberán tener los traslados de las personas detenidas durante las conducciones, para hacer compatibles, según se señala expresamente, *“un trato digno y respetuoso con los derechos fundamentales con las incomodidades que puede requerir la seguridad de la conducción”*

Como en los demás Instrucciones, a nuestro entender, no se aporta de facto nada nuevo a la normativa existente. Así, cuando se expresa en el primero de los apartados de esta Décima Instrucción, y respecto de los medios materiales y humanos que se utilizaran los *“que aconsejen las circunstancias en cada supuesto, teniendo en cuenta la peligrosidad del detenido, los hechos que se le imputan, la duración del recorrido y cualquier otra circunstancia que pudiera concurrir”* parece evidente que no era necesaria una norma específica para indicar tales extremos.

Igualmente en el segundo subapartado no parece novedoso el redactado del texto cuando señala que *“los vehículos deberán reunir las condiciones de seguridad y habitabilidad reglamentariamente establecidas”*. Y la exigencia de que deberán comprobarse en los traslados la higiene y el estado de mantenimiento técnico del vehículo parece elemental.

El tercer y último subapartado recoge los datos que deberá contener el documento en poder del Jefe del servicio de conducción en el momento de hacerse cargo del detenido para su traslado, datos tales como identidad, grado de peligrosidad, estado de salud, motivo de la conducción, hora de salida, lugar de procedencia y destino, así como la autoridad judicial o funcionario que ordene el traslado y las identidades de quien entrega al detenido y de quien se hará cargo del mismo en destino, a nuestro entender tampoco significan un avance significativo en cuanto a la mejora de las garantías en los traslados de los detenidos.

De todas formas, la obligatoriedad de constar documentalmente las identidades de los funcionarios responsables de la conducción puede ser útil en supuestos de denuncias por tortura, malos tratos, vejaciones o cualquier otra violación de los derechos de los detenidos.

INSTRUCCIÓN UNDÉCIMA.- Estancia del detenido en dependencias policiales.

Esta instrucción trata fundamentalmente de las medidas de seguridad y de los requisitos de vigilancia en relación con las personas detenidas. Respecto las condiciones en que los detenidos deben estar en dependencias policiales, son de orden muy genérico y por ello a la práctica de difícil exigencia, amén de que su ambigüedad deja grandes vacíos.

En el nº 1 de la instrucciones consigna que las incidencias y vicisitudes que se produzcan en las dependencias policiales reflejarán en los respectivos libros de

Registro y Custodia de detenidos. No se hace referencia a cuales son los conceptos de tales incidencias y vicisitudes que deben ser anotadas, lo que facilita una aplicación muy laxa de esta obligación.

En el nº 2 de la instrucción se habla, durante la estancia en los calabozos de *“medidas estrictas de vigilancia para garantizar la integridad física de los detenidos y el respeto a su honor y dignidad, evitando posibles autolesiones y agresiones”*. El respeto al honor y la dignidad de los detenidos debe ser ejercido por los miembros de la policía que los custodia. La integridad física de los mismos también puede ser vulnerada por la policía, a excepción de los casos de autolesión o agresión de otros detenidos. No se dice en la instrucción qué situaciones son atentatorias a la dignidad y honor del detenido y por lo tanto deben ser evitadas, ni se hace expresa mención de la prohibición del maltrato físico o psíquico. Y ¿por qué únicamente se menciona la estancia en los calabozos y no en otras dependencias?. Tampoco se establece la obligatoriedad de la instalación de cámaras de filmación en el interior de las dependencias policiales.

En el nº 3 de la instrucción se dice que *“se pondrá especial cuidado en procurar que el detenido pueda realizar sus necesidades fisiológicas con suficiente intimidad e higiene”*.

Entendemos que debería prohibir expresamente aquellas instalaciones que impiden que el detenido pueda realizar tales necesidades en total privacidad.

El nº 4 de la instrucción no merece especial comentario. Simplemente demanda una arquitectura e instalaciones de servicios que optimicen la vigilancia y control de los detenidos.

En el nº 5 de la instrucción obliga a proporcionar al detenido condiciones de higiene adecuada y alimentación suficiente en calidad y cantidad, y preserva los casos de alimentación especial por enfermedad o por creencia religiosa. El concepto de *“higiene adecuada”* es demasiado ambiguo, teniendo en cuenta que se refiere a estancia en dependencias policiales. Cabe preguntarse si la ausencia de duchas y lavabos para higiene personal se considera adecuada a la situación. Tampoco está claro el concepto de *“alimentación suficiente en calidad y cantidad”*. ¿Cubre un simple bocadillo esta exigencia? Obviamente no cuando la estancia en dependencias policiales normalmente se prolonga hasta 48 ó 72 horas o hasta cinco días en el caso de delitos sobre bandas armadas. Se introduce el derecho del detenido a completar su alimentación a sus expensas. Ignoramos si de este derecho es informado el detenido.

En el nº 6 se dice que *“se proveerá al detenido, para pernoctar, de colchón, manta y otros elementos necesarios, cuidando que el material sea de naturaleza ignífuga y se encuentre en condiciones idóneas de uso”*. Tales elementos para dormir deberían en todo caso tener las condiciones de lavado e higiene que evitara el uso por parte de diferentes detenidos sin protección de clase alguna. Los colchones y almohadas deberían tener fundas que se cambiaran para cada uso, y las mantas deberían ser higienizadas para cada uso. Lo contrario es exponer a los detenidos a peligro de contagio de enfermedades. La instrucción, como esta redactada perpetúa las pésimas condiciones de higiene existente en los calabozos a efectos de pernoctación.

En el nº 7 de la instrucción se establece la posibilidad de comunicación del detenido con familiares y allegados- Es potestativa, si bien es positivo que consta dicha posibilidad, lo que obliga a quien deniegue tal comunicación a justificarlo. A la práctica, los Mossos d'Esquadra en Catalunya, simplemente niegan esta posibilidad de comunicación.

La instrucción analizada, teniendo en cuenta que pretende establecer exigencias en relación con los derechos de los detenidos, amén de lo dicho anteriormente, adolece de importantes omisiones ya que limita en las instrucciones 1ª, 2ª y 3ª a transcribir lo que la ley establece, pero no aborda las prácticas habituales que transgreden dicha ley.

Así entendemos que esta instrucción debería haber contemplado, para prohibirlas explícitamente, aquellas prácticas que vulneran lo dispuesto en la L.E.Cr. en relación con los derechos del detenido. Es habitual que la policía interrogue al detenido sin la presencia de su abogado, de forma extraoficial y antes de que este pueda asistirle. Con ello se consigue a menudo que el detenido se sienta presionado a efectuar una determinada declaración oficial previamente aconsejada por la policía. Cuando a pesar ello la policía no consigue su propósito, en el caso dels Mossos d'Esquadra, con total desprecio de la legalidad, en el atestado, manifiestan que el detenido les ha contado a ellos una versión distinta de la declarada, reconociendo así un interrogatorio previo e ilegal. La instrucción debería prohibir tal práctica.

Asimismo debería prohibir explícitamente la prolongación de la detención más allá del tiempo estrictamente necesario para la confección del atestado. En ocasiones el agotamiento de las 72 horas se lleva a cabo de forma absolutamente innecesaria, ya por simple desidia ya para castigar al detenido.

INSTRUCCION DUODÉCIMA.- Procedimientos de control de las detenciones.

En el mencionado apartado se hace alusión a la voluntad de adoptar:

“normas de régimen interno que garanticen la inmediata detección, seguimiento y control, en sus distintos niveles jerárquicos, de aquellos casos o asuntos que puedan suponer una extralimitación o vulneración de los derechos de las personas que se encuentren bajo custodia policial, así como de las imputaciones o requerimientos judiciales que reciban los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con motivo de sus intervenciones. Igualmente, dicha Dirección General diseñará cauces ágiles de intercomunicación que permitan a la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad de esta Secretaría de Estado, un conocimiento inmediato de los hechos acaecidos, sin perjuicio de las actuaciones que procedan y de las comunicaciones que deban efectuarse a los demás órganos competentes”.

En este apartado se realiza una declaración de intenciones sobre un futuro protocolo o normativa para detectar y controlar los casos en que los agentes de policía incurren en excesos en sus intervenciones. No obstante, no se regula con precisión la naturaleza de tal sistema, el órgano supervisor, ni se señalan plazos para su aprobación o puesta en funcionamiento. Por otro lado, se desaprovecha la oportunidad de realizar una apuesta más clara por los “sistemas de alerta temprana”, o sistemas de intervención temprana, en virtud de los cuales se guardan registros de las denuncias presentadas contra agentes de policía (tanto del número como del tipo de denuncias) con el fin de identificar al personal “en situación de riesgo” que sea objeto de numerosas denuncias.

En algunos países, como EEUU, estos sistemas de alerta temprana generan de forma automática un informe para el jefe de policía cuando el número de denuncias recibidas supera una cifra fijada de antemano. La acumulación de un gran número de denuncias

contra un agente concreto suele indicar la existencia de un problema relacionado con el estilo individual de desempeñar el trabajo policial por su parte. Los registros también suelen incluir las ocasiones en que un agente concreto encuentra resistencia violenta durante una detención, el número de lesiones en los contactos entre la policía y los ciudadanos y el número de veces que un agente ha usado su arma de fuego. Consideramos que la Instrucción debería adoptar un compromiso firme y claro con este tipo de sistema de alerta temprana.

La Instrucción, por otro parte, no especifica en ningún momento el uso que se hará de estos datos. Tampoco se menciona si a partir de la información recabada se podrán abrir expedientes o investigaciones de carácter interno o de otra índole, ni si podrán acarrear algún tipo de responsabilidad o de rendición de cuentas policial.

INSTRUCCIÓN DÉCIMOTERCERA.- Formación Policial.

En cuanto al primer párrafo, creemos que debería establecerse una formación básica obligatoria en materia de derechos humanos y prevención contra la tortura y los malos tratos, así como eliminarse lo referente a la “atención prioritaria” a dichas materias debido a la vago de la expresión y la posible suavización en materia de derechos humanos en el temario formativo. Dicha formación debería ser impartida y evaluada por organismos no pertenecientes a la Administración con experiencia en el campo. Asimismo, la no superación de dichas pruebas debe tener carácter suspensivo del servicio de aquellos funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que mantengan un contacto directo con los ciudadanos.

Un ejemplo de programa exitoso en este ámbito es el “Programa de formación en seguridad pública, derechos humanos y ciudadanía” realizado en Brasil, que fue una experiencia seleccionada en el Concurso de Buenas Prácticas patrocinado por Dubai en 2000, y catalogada como AWARD (Best Practices Database, y entre cuyos logros se citan:

“ - Mejoras conseguidas en las condiciones de vida de la población-integración en la comunidad. Policías preparados para manejar situaciones de crisis, mediar en los conflictos y no ejercer represión mediante la violencia, reduciendo los altos niveles de criminalidad en los distritos populares;

(...)

- Cambios en las políticas nacionales y en las estrategias en el ámbito social, económico y ambiental. El programa contribuye a: una reformulación paradigmática del sistema de seguridad y de las intervenciones de la policía; un aumento de la autoestima de la policía; adquisición de equipo; mejora de la preservación de la selva del Amazonas (conservada en un 98% en el estado).

- Mejoras en la capacidad institucional, a nivel nacional, subnacional y local - inversión del grado de criminalidad, mediante una actuación más eficiente en la protección de los ciudadanos, preservación del medio ambiente, defensa de la propiedad del estado. En tres meses de actuación de la policía interactiva se han reducido un 45.3% los incidentes en el distrito de Perpétuo Socorro.”

Respecto a las circulares internas de actualización profesional, y por exigencias de transparencia en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, estimamos que dichas circulares internas deben ser públicas y que deben ser remitidas específicamente a los Defensores del Pueblo de las distintas Comunidades Autónomas así como a las organizaciones que colaboren en el programa de formación.

Comissió de Defensa del Col Legi d'Advocats de Barcelona
Comisión de Penal de la Asociación Libre de Abogados de Madrid
Grupo 17 de marzo (Sociedad andaluza para la defensa de los derechos humanos)
de Sevilla.

Octubre 2009.