

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. PARTE GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA DETENCIÓN

Comments to the draft of the criminal procedure law of 2020. General part of the precautionary measures. The arrest

José María ASENCIO MELLADO

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante
jm.asencio3@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMADORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. III. LA DETENCIÓN. 1. La adopción de la prisión preventiva; 2. La duración de la detención preventiva. 3. Forma de la detención. 4. La detención para la ejecución de actos y resoluciones procesales. 5. Los derechos del detenido. 6. La incomunicación de detenidos. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Las medidas cautelares, especialmente la detención, no experimentan, en el APLECRIM, modificaciones sustanciales, toda vez que éstas han sido objeto de reformas, diversas, en leyes recientes. La detención, por el contrario, sí abandona toda referencia a los sistemas de privación de libertad automática, incompatibles con el carácter excepcional de las medidas cautelares. Y, a su vez, se introducen modificaciones que profundizan en el derecho de defensa, fruto de la experiencia práctica en la aplicación de la reforma de 2015.

Abstract: In APLECRIM the precautionary measures, especially the detention, do not undergo substantial modifications since they have been subject to various reforms in recent laws. Arrest, on the contrary, does abandon any reference to the systems of automatic deprivation of liberty, incompatible with the exceptional nature of the precautionary measures. As result of practical experience in the application of the 2015 reform, the modifications introduced deepen the right of defence.

Palabras clave: Medidas cautelares. Detención. Libertad. Defensa.

Keywords: Precautionary measures. Arrest. Liberty. Defence.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el tratamiento de la parte general de las medidas cautelares y de la detención en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Y, siendo esta la finalidad y partiendo de la base de los destinatarios del mismo, profesores de Derecho Procesal, el método de análisis no puede ser otro que el de destacar las reformas propuestas y su relación con las normas vigentes, de manera precisa, sin caer en la tentación de desarrollar conceptos básicos de la disciplina que, se entienden, poseen los miembros de la Asociación.

Un trabajo, pues, sobrio, casi esquemático, que sigue el articulado, lo analiza y destaca sus aspectos más relevantes, pues se trata en este momento de generar opiniones, propuestas útiles para la mejora del texto, no reflexiones sobre alternativas que los autores de la norma no han asumido. No es momento, cuando se presenta un texto elaborado, de hacer críticas al modelo, aunque no se comparta, sino de valorar, en el marco de las opciones del legislador, las que éste ha escogido y desarrollado.

Y, en este contexto y aunque el futuro de la propuesta no aparece con claridad, siempre es positivo avanzar opiniones sobre normas expresas que revelan y expresan posicionamientos propios de un sector ideológico del arco parlamentario. Aunque el texto no tenga futuro cierto el debate será enriquecedor.

En materia de medidas cautelares personales y aunque con las limitaciones de una mera reforma parcial, el legislador, en la LO 13/2015, de 5 de octubre, llevó a cabo profundas modificaciones, especialmente en la detención, incrementando de forma notable las garantías de los detenidos y su derecho a la defensa. Un cambio sustancial que la propuesta asume en su integridad, pero que desarrolla en aspectos muy determinados que, por la lógica de una reforma parcial y sujeta al articulado existente, no pudo entonces ser tratada con la amplitud y libertad que permite la elaboración de una nueva norma integral.

La propuesta, aunque de modo ciertamente insuficiente, desarrolla en los arts. 186 a 189, las que denomina “Disposiciones Generales”, las cuales hubieran podido redactarse con más detenimiento y amplitud, destacando exigencias concretas y eficaces y consecuencias específicas. Se hace en alguno de los principios, pero no de forma que se expresen en algo más que reglas de interpretación cuya eficacia posterior ha sido reiteradamente puesta en duda. Queda, por tanto, la impresión de tratarse de normas informadoras, no de criterios de aplicación directa. Y es que, en esta materia,

tan propicia necesariamente a la apreciación judicial casuística, el valor y eficacia de los principios que rigen las medidas cautelares, tienen un valor jurídico y vinculante más importante que en otras perfectamente regladas.

No obstante, la regulación que incorporara efectos y causas, sería determinante incluso a la hora de interpretar las normas y, en algunos casos, directamente trasladable a situaciones que suelen someterse a apreciaciones en exceso subjetivas.

Por el contrario, cabe destacar el adecuado tratamiento de la detención a través de una estructura que se aparta de la vigente, más propia de sistemas cercanos a las medidas cautelares automáticas y dependientes de criterios objetivos, punitivos y de peligrosidad. Frente a ello la nueva normativa asume sin reservas el carácter cautelar de la medida aunque en ella, como ya ha sido aceptado comúnmente, se ordenen fines más próximos a la prevención e, incluso, a la investigación en sí misma considerada.

Se introducen mejoras que deben destacarse y valorarse positivamente, no sólo porque amparan situaciones que la práctica ha revelado susceptibles de interpretaciones restrictivas para los derechos de los detenidos, sino también porque la reforma viene presidida por una muy apreciable orientación garantista del derecho a la libertad y a la defensa, sin por ello obviar o negar la necesidad de asegurar los fines de la privación de libertad, nunca sancionatoria.

Desde estas premisas se van a presentar estas páginas, destacando los aspectos esenciales de la reforma propuesta y sin entrar en debates sobre conceptos de la disciplina que vayan más allá, en algún caso muy concreto, de su mera cita o que vengan impuestos por su incorrecta aplicación. No es este el momento y lugar para elucubraciones doctrinales tan del gusto de juristas adictos a los requisitos de la llamada “excelencia”, pura expresión del vacío intelectual y que antepone la forma al contenido, que persigue la crítica y la subordina a la corrección formal, que prefiere la cantidad a la calidad. Los conceptos no sirven para exhibirlos, sino para, desde su conocimiento, hacer un derecho vivo. Y, ante un anteproyecto, optar por un artículo correcto formalmente y carente de crítica y alternativas, es la mejor expresión de una Universidad irrelevante y ajena a las necesidades sociales. Esta revista es y debe ser otra cosa y servir para que la Universidad vuelva a recuperar su posición social, la que los criterios y órganos de valoración de méritos quieren negarle por considerar que una Universidad librepensadora es siempre un riesgo si hace uso de su libertad.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMADORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los arts. 187 y ss. del anteproyecto contemplan cuatro de los principios que, clásicamente, han venido informando la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares, los cuales se desarrollan de manera abierta y genérica, debiéndose entender que su concreción en cada caso deberá adaptarse a lo dispuesto en las normas que regulan cada medida cautelar.

Llama la atención la excesiva parquedad con la que se abordan, de modo que aparecen con excesiva abstracción y, en algunos casos, indefinición. De la misma forma, la omisión de toda referencia al principio de proporcionalidad y el papel que debe jugar en orden a la restricción de las resoluciones cautelares cuando la regla de la proporción de los sacrificios lo imponga. Una proporcionalidad que, si sirvió para garantizar derechos, ahora juega en sentido contrario, siendo, por tanto, obligado desarrollar el principio cuando el mismo es utilizado, incluso, para eludir la sumisión a la regla de la legalidad en la restricción de derechos (art. 53 CE).

Y, en fin, la elección de principios y su denominación, que en algunos casos viene a sustituir conceptos asumidos doctrinalmente y que la subsunción en otros puede hacer perder valor y eficacia.

Sucede así con el principio de necesidad (art. 187) que la norma parece entender comprensivo de la idoneidad, no obstante lo cual no se trata de reglas plenamente coincidentes. La necesidad hace referencia a ese carácter imprescindible y justificado de la medida adoptada, de modo que su eficacia directa tiene la función de excluir resoluciones que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas si, a su vez, tienen el mismo grado de utilidad. Pero, la idoneidad, prevista hoy en el art. 588 bis a) LECrim, tiene un ámbito de aplicación más específico y se relaciona directamente con el hecho, de forma que, al margen de la gravedad de la restricción, solo es posible ordenar una medida cuando sea idónea para conseguir un fin, no bastando con que sea necesaria.

De la misma forma, necesidad no es plenamente identificable con excepcionalidad, principio inspirador de toda restricción de derechos fundamentales. Y es que, no basta con que no exista otra medida alternativa menos gravosa para el fin, atendiendo a la necesidad de las diferentes alternativas, sino que la menos invasiva es y debe ser preferente, no, como se suele decir, sustitutiva de una ordinaria, considerándose tal la que priva de libertad.

La excepcionalidad va más allá de la necesidad, pues, en este marco de la privación de libertad, implica que este derecho solo puede ser restringido cuando sea absolutamente determinante para el fin propuesto. Una cosa es la privación excepcional de la libertad y otra, aunque parcialmente coincidente, es que sea preferible la medida menos invasiva en el mencionado derecho. Es preferente la libertad y, cuando debe limitarse, una medida, por ejemplo, de arresto domiciliario a una prisión provisional.

Y es que esa omisión de la excepcionalidad es la que lleva al legislador a una norma, el art. 187, que siendo esencial para el funcionamiento del sistema constitucional en una evolución tendente a preservar los derechos humanos, queda limitado de manera inexplicable. Si se hace y se eleva la excepcionalidad a rango de principio, toda decisión que adopte una medida privativa o restrictiva de libertad debe justificar la improcedencia de otra menos gravosa, es decir, que la medida adoptada es necesaria y, por tanto, imprescindible. Si se omite aquel principio, este análisis de la necesidad requiere menos exigencias, pues necesidad no es sinónimo de excepcionalidad. Solo así se entiende la exclusión de la regla de la excepcionalidad que, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevé en el art. 588 bis a),4. Y de ahí resulta que la obligación de explicitación de las razones por las cuales no se adopta una medida menos gravosa solo se imponga a los agentes a la autoridad, no a los tribunales, siendo estos los que, normalmente, deberían motivar la improcedencia de una medida menos intensa, pero útil, idónea y proporcional.

Que sea necesario justificar la elección de una medida grave para cumplir ciertos fines y, que ello suponga motivar la inconveniencia de una menos grave es consecuencia del principio de excepcionalidad, de la regla de la libertad y su restricción como excepción. Y esa motivación, si rige plenamente la excepcionalidad, no puede quedar ceñida a los agentes de la policía. Desaparecido el principio de excepcionalidad, queda limitada esa obligación a los casos en los que es la mera necesidad la que determina una motivación que se ve reducida en sus exigencias.

Y, de este modo, el art. 247,2, al regular la prisión provisional, ordena que no se adopte cuando sea procedente una menos gravosa, pero omite imponer la obligación judicial de motivar la improcedencia de esta última.

Alguna complejidad presenta el art. 188, referido al principio de provisionalidad que engloba en un solo significado éste y el más específico de “obedecer a la regla rebus sic stantibus”. No obstante, la norma, al incluir

ambos bajo una única rúbrica, no tiene efectos prácticos determinantes, pues viene a exigir las mismas condiciones, especialmente que deben ceder cuando carezcan de justificación, que se extinguen con la sentencia y que se encuentran sometidas a plazos máximos, no mínimos.

Se ordena mantener las medidas solo el tiempo indispensable para el cumplimiento de los fines por las que se acordaron, siempre que subsistan los motivos por las que se acordaron y que deben ser revisadas si ambos varían. Nunca, pues, las medidas cautelares pueden funcionar a modo de sanción anticipada o cumplir fines no cautelares, propios de la pena o de las medidas de seguridad.

Dispone una regla imperativa expresa que prohíbe que, una vez agotado el plazo máximo de una medida, ésta pueda mantener su efecto. Debe entenderse, pues, que no cabe de nuevo adoptarla y que, teniendo en cuenta que el cómputo de los plazos se adapta o tiene en cuenta la conducta del investigado, debe ser el Estado el que asuma los riesgos de incomparecencia del sujeto pasivo. Una investigación prolongada o excesiva por razones no imputables al encausado, incluso cuando éste incurra en las mismas conductas que justificaron su privación de libertad, no debería hacer recaer en él las deficiencias del sistema. Y el Estado debe ser, en estos casos, el responsable de sus obligaciones, tales como el control de las fronteras o la prevención del delito, sin que parezca adecuado a la regla de la proporcionalidad ampliar una privación de libertad ante su incapacidad de hacer efectivos sus deberes públicos. No debe obviarse que el Estado tiene obligaciones que cumplir y cuyas deficiencias no pueden recaer en exclusiva en los ciudadanos, ni siquiera en los inculpados.

No es ésta la opción de la norma que, en su art. 250,4, a pesar de lo establecido en el art. 188, reproduce la norma hoy vigente (art. 504,4), autorizando la nueva adopción de la prisión provisional si el puesto en libertad provisional, agotados los plazos máximos, deja de comparecer a un llamamiento judicial.

Una lectura, pues, del articulado de la norma propuesta, nos debe llevar a considerar la real eficacia de estos preceptos que se contienen en los arts. 186-189, que corren el riesgo de aparecer como simples reglas programáticas al no vincularse o tener efectos directos en el desarrollo posterior de cada una de las medidas o experimentar excepciones que, en algunos casos, los convierten en irrelevantes en aquellos aspectos o situaciones en los cuales su respeto es más necesario.

III. LA DETENCIÓN

1. LA ADOPCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Frente a la denominación de la prisión como provisional, no preventiva, se mantiene en la norma propuesta la de detención preventiva, que tiene o se aproxima a un concepto en ocasiones cercano a las medidas de seguridad y menos a las cautelares, cuya función, si bien es prevenir un riesgo, lo hacen respecto al proceso, del cual son instrumentales, no de objetivos más cercanos a los que impiden aquellas resoluciones de carácter punitivo.

No obstante y a pesar de esta aparente contradicción entre medidas que tienen y deben tener la misma naturaleza, la regulación de la detención así llamada es deudora de su conceptualización como medida cautelar, al margen de que tanto a ésta, como a la prisión provisional, se asignen funciones que no son estrictamente cautelares, como sucede con el siempre discutible riesgo de reiteración delictiva, cuya evitación parte siempre de una presunción de culpabilidad de compleja coherencia con el de presunción de inocencia que asiste a todo sujeto sometido a un proceso penal. Una discusión ésta, la de la coherencia de un fin preventivo entre los cautelares, cerrada por la jurisprudencia y aceptada caso obsecuentemente por la doctrina sin crítica ya alguna.

La regulación de la detención preventiva en el texto propuesto debe considerarse, en general, positiva y avanzada, especialmente en lo que se refiere a una necesaria actualización y acomodación a su naturaleza no obligatoria, sino vinculada al cumplimiento de fines cautelares y, de forma destacada, aunque ya se hizo en 2015, en el desarrollo de los derechos del detenido y de modo especial, el de defensa.

No se trata, como antes se dijo, en estas breves páginas de realizar un análisis de la medida, conocida sobradamente, sino de indicar aquellos aspectos de la futura, en su caso, reforma, que merecen una atención detenida por incorporar novedades en su regulación. Y hacerlo de la manera más esquemática posible, pues en este momento la finalidad perseguida con este trabajo y las jornadas que se han celebrado a instancias de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal, para la cual se elaboró en forma de ponencia, no puede ser otra que la de proponer reformas o, simplemente, un análisis o mayor reflexión sobre los aspectos que puedan necesitar de ciertas modificaciones.

El método expositivo, pues, responderá a esta finalidad, siendo por tanto el desarrollo de estas páginas el adecuado al análisis de los preceptos considerados necesitados de algunas precisiones.

1.1. El art. 190. Supuestos en los que procede la detención preventiva

Debe destacarse, pues ha sido este un debate nunca cerrado, que la norma abandona la regla imperativa del art. 492 LECrim que ordenaba acordar a la policía la detención cuando se verificaran los presupuestos establecidos en la misma. La norma vigente, reformada en muchos aspectos, no vio alterada esta suerte de obligación, contraria al carácter excepcional de cualquier medida cautelar que implique privación de libertad.

Téngase en cuenta que el precepto mencionado sigue conteniendo, junto a la exigencia en el caso de riesgos de naturaleza cautelar que justifican la detención, criterios automáticos derivados exclusivamente de la gravedad de la pena impuesta, de modo muy similar a lo que sucedía en materia de prisión provisional hasta la reforma de 2003.

Una lectura del vigente art. 492 LECrim revela la automaticidad de la detención y su carácter preceptivo cuando concurre la sospecha de participación en un delito de cierta gravedad respecto de un procesado, exigiéndose el riesgo de incomparecencia en los casos en los que el sujeto no se halla procesado. El procesamiento, pues, la imputación formal penal, justifica la privación de libertad que puede extenderse hasta setenta y dos horas.

De ahí, de esa conjugación entre criterios que atienden a la gravedad de pena, bastantes por sí mismos para justificar la detención y otros que se remiten a fines de naturaleza aseguradora del proceso, el mantenimiento de una regla automática cuya constitucionalidad es muy discutible.

La norma propuesta avanza decididamente en la configuración cautelar exclusiva de la detención preventiva y abandona cualquier referencia a elementos ajenos a este carácter, de modo que, en lógica consecuencia, confiere a la medida esa no obligatoriedad, ni automaticidad, propia de este tipo de resoluciones.

A ello debe unirse, como más arriba se comentó, lo establecido en el art. 187, que obliga a las autoridades y sus agentes a motivar la improcedencia de medidas menos gravosas que colmen las necesidades de las decisiones de privación o restricción de libertad, de lo que se infiere que, aunque coincidan en el caso los peligros que el precepto relaciona como justificativos de la medida, solo será posible acordarla si aquellos no se pueden prevenir mediante medidas menos intensas para los derechos del detenido. Y, sin duda, la no motivación o la motivación insuficiente, podrá ser motivo de nulidad de la orden de detención, pues los defectos de motivación en este tipo de resoluciones, cuando afectan a la vigencia de los derechos en juego, convierten la resolución en nula de pleno derecho.

1.1.1. Fumus boni iuris

La norma identifica este presupuesto con la existencia en el caso de “*indicios de participación en un delito*”¹. El hecho de tratarse de una medida provisionalísima e inicial en muchos casos, lleva a dos diferencias con la regulación que se hace de este presupuesto en materia de provisional. Una, que no se añade a los indicios que deban ser racionales. Otra, que basta en el caso de detención con que la persona haya podido participar en la comisión de un delito, mientras que para acordar su prisión provisional, se exige que lo haya cometido.

No parece que estas diferencias, en este momento, deban llevar a mayores reflexiones. Los indicios no son o dejan de racionales, porque siempre tienen naturaleza fáctica, debiendo conducir racionalmente a la conclusión a la que se llega. Que baste con que concluyan la posible participación en el delito, parece suficiente en los momentos iniciales, si bien, obviamente, el dato de la concreta participación no parece que pueda ser tratado en todo caso sin atender o ponerlo en relación con los riesgos a prevenir, pues se vincula directamente con el peligro de fuga o de reiteración de conductas concretas. Ser autor, cómplice o encubridor tiene relevancia suficiente para eludir la aplicación de la detención y, especialmente, para individualizar el riesgo que justifica el *periculum in mora*.

En consecuencia, pues, la norma debe ser o debería ser matizada en evitación de interpretaciones automáticas que podrían afectar a la propia esencia excepcional de la medida o a su justificación.

1.1.2. Periculum in mora

Frente a la norma vigente, continuadora de rasgos incompatibles con la excepcionalidad de cualquier medida limitativa de derechos, la que se propone se articula sobre la base de criterios que se fundamentan en riesgos de naturaleza procesal, de aseguramiento del proceso en sentido amplio, siendo, de este modo, valorables en cada caso, necesariamente motivados por quien ordena la detención y sujetos a la justificación de su necesidad por no ser suficiente para conseguir prevenir el peligro una medida menos gravosa.

¹ Sobre las diferencias en la intensidad de la base objetiva muchas han sido las reflexiones doctrinales, destacando en su momento la recogida por GIMENO SENDRA, V-VIVES ANTÓN, T.; *La detención*. Barcelona 1977. Pp. 92-93. ASENSIO MELLADO. JM. *La prisión provisional*. Madrid. 1987. Pp. 113 y ss..

La detención procederá cuando concorra un riesgo de fuga, lo que podrá deducirse de las circunstancias del hecho o de su presunto autor, expresiones estas amplias que podrían extenderse más allá de lo razonable y entrar en el terreno de la siempre compleja valoración de los antecedentes policiales. En todo caso, no será bastante con aludir a criterios vagos e imprecisos, pues la norma obliga a que tales elementos permitan inferir racionalmente el riesgo de fuga, lo que se traduce en la exigencia de una motivación que vaya más allá de una mera indicación del historial del detenido, ajeno a su relación con la conducta procesal que le viene impuesta legalmente.

De la misma manera, se podrá ordenar la detención cuando concorra un riesgo de obstaculización del proceso derivado de la posible afectación de las fuentes de prueba, materiales o personales, que no se exige que sean relevantes en este caso a diferencia de lo previsto en el art. 247,1 para la prisión provisional. Una finalidad estrictamente cautelar que, igualmente, debe motivarse y que no podrá ser colmada con una somera referencia a un peligro abstracto. Y nunca, evidentemente, podrá mantenerse por falta de colaboración del detenido. El derecho de defensa, su ejercicio, nunca puede ser equiparado a un riesgo de frustración del proceso, a pesar de las corrientes que, en este sentido, se extienden en múltiples ordenamientos jurídicos.

Más complejo es el motivo que legitima la detención cuando sea necesaria para evitar la reiteración delictiva, riesgo éste que, aunque jurisprudencialmente avalado, carece de naturaleza cautelar, siendo expresión de una medida preventiva, cercana a las medidas de seguridad². Y es que, si se tiene en cuenta que lo que define a una medida como cautelar es su instrumentalidad, es decir, su justificación respecto de un proceso concreto que se ha de asegurar, cuando lo que se quiere es prevenir un proceso hipotético y futuro, se desvanece ese carácter definitorio, entrándose de lleno en otro espacio que no puede ser amparado bajo la noción de medida cautelar³.

Cierto es que, frente a la amplia prevención del vigente art. 503 LECrim, la norma ahora propuesta concreta y delimita el riesgo en un intento de vincular la prevención de futuros delitos con los investigados en un proceso concreto incoado o que se va a incoar, el que motiva la detención.

² Vide ORTELLS RAMOS, M.; "Para una sistematización de las medidas cautelares". *RGLJ*. Mayo 1978. P. 455.

³ Sobre la llamada "orden de protección", FUENTES SORIANO, O.; *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid 2009. Pp. 165 y ss.

De este modo, solo procederá la detención si se constata un riesgo de que el sujeto puede atentar contra bienes jurídicos de la víctima, es decir, un riesgo en quien ya ha sido imputado en un proceso o lo va a ser como consecuencia de la detención. E, igualmente, será posible detener cuando se verifique un riesgo de comisión de delitos concretos relacionados con el que legitima la detención.

Dos situaciones las previstas que no son compatibles con la prevención de delitos en general y que, de algún modo podrían ser compatibles con la regla de la proporcionalidad y, de la misma forma, con el requisito de la instrumentalidad, pues la relación entre el delito presuntamente cometido y el que se quiere prevenir es directa, revelando o exigiéndose cierta capacidad del detenido para incrementar los efectos de sus acciones previas o de cometer nuevos hechos relacionados con los anteriores. Incluso podrían los diversos delitos ser enjuiciados acumuladamente por tener la naturaleza de conexos.

En consecuencia, aunque la idea de prevención sea difícilmente compatible con la noción de medida cautelar, la concreción de la norma reduce ese pleno carácter preventivo y concede a la medida, tal y como está propuesta, rasgos que avalan su legitimidad.

Téngase en cuenta que, además, la norma exige que la detención se motive y que dicha motivación ha de basarse en la presencia de datos objetivos, no meras sospechas, que revelen un “evidente peligro”, no un riesgo abstracto o genérico. Requisitos éstos que, unidos a los anteriores, delimitan la detención e impiden conductas que no sean compatibles con el derecho a la libertad en estos casos en los que la aplicación de una presunción de culpabilidad debe evitarse.

Igualmente, la detención podrá acordarse en los casos de flagrante delito, supuestos estos en los que, parece, no se exigirá la concurrencia de riesgo alguno, bastando el hecho presuntamente cometido o, mejor dicho, la forma en que es sorprendido su presunto autor. Discutible cautelarmente y solo justificado en razones procedimentales en orden a la aplicación de procedimientos simplificados en los que la detención es presupuesto para su aplicación.

Del mismo modo, procederá la detención a los meros efectos de identificación, si bien esta posibilidad se vincula a la participación en un delito y la necesidad de conocer la identidad de su presunto autor, no bastando, pues, con la genérica de identificación para el cumplimiento de fines ajenos a los procesales.

La comisión de un delito leve autoriza la detención si se trata de personas sin domicilio conocido y que no ofrezcan garantías de comparecencia a juicio de la autoridad. Se trata de una traslación de normas complejas, pues la regla de la proporcionalidad se vulnera cuando, para la investigación de un hecho que no lleva aparejada pena privativa de libertad se ordena una medida que sí la comporta. Un posible exceso que se justifica en la imposibilidad de garantizar la presencia en el proceso de personas determinadas, pero que el Estado debería subsanar con medidas que no implicaran la pérdida de la libertad.

La justificación de una medida no homogénea con la ejecutiva que puede aplicarse, rompe con elementos esenciales de las cautelares.

1.2. Sujetos que pueden ordenar la detención preventiva

El sistema que atribuye la dirección de la investigación al MF, trae consigo, lógicamente, una modificación de los sujetos legitimados para adoptar la detención. La consecuencia más importante es la desaparición de la detención judicial, pues el papel que podía asumir el instructor lo desempeña el MF, quedando el juez para la decisión del resto de medidas cautelares en todo caso previa petición de aquel. Igualmente, se reduce considerablemente el ámbito de las facultades de detener de los particulares, en un marco coherente con la realidad, muy distante de las previsiones del vigente art. 490 LECrim y, en fin, la detención policial se sujeta a un control del MF coherente con su posición en el marco de la investigación, que limita el poder de la autoridad gubernativa en el marco de la adopción de medidas privativas de libertad.

Un marco, pues, avanzado que supera cierto anacronismo y la contradicción existente en la ley vigente entre una detención gubernativa que originalmente tenía la mera finalidad de poner al detenido a disposición judicial (art. 496), pero que adquirió un sentido propio vinculado a la investigación policial, incluso determinante del procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de ciertos delitos (arts. 795 y ss. LECrim), de modo que la medida cautelar quedaba en manos o a disposición de la policía judicial durante el plazo común de setenta y dos horas y supeditada a necesidades de investigación o mera conveniencia de su mantenimiento.

Los particulares solo podrán detener en caso de flagrante delito (art. 195), limitándose quien lo haga a impedir su fuga y garantizar la integridad del detenido.

La policía podrá detener, de oficio, en cualquiera de los casos del art. 190. El legislador, pues, no ha optado por prohibir la detención gubernativa, no cediendo a corrientes que derivan la orden en el MF en todo caso⁴. No obstante, el art. 192 da un paso adelante y deriva el control de la detención gubernativa en el MF. La policía deberá poner en conocimiento del MF la detención de forma inmediata y será éste el que decida sobre la situación del detenido.

El MF podrá, igualmente, mediante Decreto, ordenar la detención durante el curso de la investigación.

2. LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Fuera de los casos de detención por particulares, cuya función exige la inmediata puesta a disposición de la policía judicial del detenido (art. 195), la detención no podrá exceder el plazo de setenta y dos horas. La propuesta, por tanto, suprime el abrogado art. 496 LECrim que limitaba la detención al plazo de veinticuatro horas, el tiempo que, cuando se aprobó la Ley vigente, se consideraba suficiente para poner a disposición efectiva del Juez de Instrucción al detenido.

Las reformas posteriores ampliaron una medida que, lejos de limitarse a ese traslado concedieron a la policía facultades de investigación practicadas con cierta autonomía y que se entendían adecuadas o necesitadas de la privación inicial de la libertad.

Quiere esto decir que la detención solo podrá acordarse y mantenerse, incluso en el marco del plazo legal, si subsisten los riesgos para cuya prevención se acordó, no siendo ya posible su adopción automática para garantizar o facilitar las diligencias de investigación de la policía judicial. El cambio de sistema y de los criterios que autorizan la detención es de mayor profundidad que la que aparentemente muestra, pues la necesaria justificación de los riesgos cautelares va a traer consigo la ilegitimidad de detenciones automáticas hasta ahora ordinarias y un cambio sustancial en la forma de actuar de la policía judicial.

Se trata de una modificación sustancial en tanto supedita la detención a la verificación o garantía de la evitación de riesgos cautelares, los que justi-

⁴ En el borrador del anteproyecto —uno más., que se elaboró cuando fue Ministro de Justicia López Aguilar, se optaba por conceder al Ministerio Fiscal la competencia para ordenar la detención mediante Decreto. La policía solo podía hacerla efectiva en casos de urgencia justificada. Vid ASECIO MELLADO, JM.: “La reforma del sistema de medidas cautelares”. En *La reforma del proceso penal* (Obra colectiva). Madrid 2011. Pp. 307-308.

fican la privación de libertad y que supedita su acuerdo y mantenimiento a tales funciones.

Aunque la Constitución, en su art. 17,2, parece amparar la detención en las necesidades de investigación, lo que mantiene el art. 520,1 vigente, la propuesta protege en mayor medida la libertad y la circunscribe a su real naturaleza cautelar. Una mayor protección del derecho que es compatible con la Constitución, pues garantiza en mayor medida la libertad. Solo, pues, si hay riesgo de obstaculización de la investigación se podrá adoptar la detención, que será improcedente por la razón única y exclusiva de investigar o de facilitar diligencias que puedan ejecutarse con el investigado en situación de libertad.

La detención no es instrumental de una investigación, sino de un proceso eventual en riesgo. La excepcionalidad lo impone y las consecuencias de esta norma, de aprobarse, obligarán a un cambio sustancial en la adopción de esta medida cautelar.

Si la detención es practicada por la policía, ésta deberá poner en conocimiento del MF el hecho a los fines de que éste decida sobre la situación personal, asumiendo el control de la medida. Si la acuerda el MF, la practicará la policía (art. 193).

En ambos casos, en el plazo legal se pondrá al detenido en libertad o se pedirá la prisión provisional o la medida cautelar que sea procedente.

El art. 194, en desarrollo de lo previsto en el art. 55,2 CE, autoriza la prórroga de la detención por un espacio de veinticuatro horas más en los supuestos de investigaciones referidas a organizaciones criminales terroristas y delitos de terrorismo. Pero, a diferencia de lo establecido en el vigente art. 520 bis LECrim, tal ampliación de la privación de libertad no se justifica exclusivamente por el objeto de la investigación o el presunto delito cometido, exigiéndose, en coherencia con lo que exige el art. 55,2 CE, una justificación que ha de ser individual, lo que no se compadece con la mera referencia al delito cometido.

Y, de este modo, la prolongación de la detención se vincula a la presencia en el caso de razones de índole cautelar, que deben motivarse de manera expresa y venir refrendadas por elementos objetivos que garanticen que la prórroga no es automática y acordada con fines ajenos al proceso.

Para que proceda la autorización judicial, será necesario que exista un peligro concreto de frustración de la investigación que la norma desarrolla de forma adecuada, poniendo el acento en la capacidad del detenido de alterar las fuentes de prueba, de forma directa o indirecta.

Igualmente, podrá ampliarse el plazo de detención cuando concurra un peligro de fuga, si bien, en este caso la redacción de la norma es un tanto compleja. No solo se justifica la prórroga en un riesgo de fuga del detenido, sino también cuando puedan huir otros autores o partícipes en los hechos o los miembros de organizaciones criminales o terroristas con las que el detenido se encuentre vinculado. Un peligro excesivamente amplio para cuya apreciación no se entiende muy bien la necesidad de ampliar la detención si se tiene en cuenta que la incomunicación no podrá impedir que la detención se ponga en conocimiento de determinadas personas. Y que el solo hecho de conocer la detención puede poner en marcha las reacciones de quienes se puedan considerar en peligro para su propia libertad.

Debería, de igual modo, concretarse el significado del término “organización criminal” al que se refiere el art. 194, 1b), pues el riesgo de huida de un miembro de tales organizaciones, no terroristas, aunque el detenido se encuentre vinculado a las mismas, es en exceso amplio e indeterminado. Y es que el art. 55,2 CE solo se refiere a la investigación de bandas armadas o terroristas, no a otro tipo de organizaciones criminales. La vinculación de un detenido con estas últimas solo podría justificar la prórroga si esa vinculación lo fuera por actividades de terrorismo, no por otras que, aunque delictivas, carecieran de esa relación habilitante para las excepciones a las reglas generales en materia de garantía de la libertad (art. 17 CE). Podrá objetarse que el detenido ha sido por su integración en una banda terrorista y que las relaciones con otras organizaciones criminales, por ejemplo, de venta de armas, se traducen en una participación en delitos de terrorismo. Y eso, precisamente, es lo que la norma debe concretar, el alcance de la relación y su incidencia en los actos de terrorismo que legitiman la ampliación del plazo de detención.

El anteproyecto es en exceso prolijo con la investigación de organizaciones criminales y, en este sentido, adopta medidas en muchas ocasiones de dudosa constitucionalidad. Una de ellas puede ser ésta si no se concreta exactamente la relación del riesgo prevenido con el delito presuntamente cometido.

3. FORMA DE LA DETENCIÓN

El art. 198 de la propuesta viene a coincidir casi literalmente con el vigente art. 520 LECrim. Que la detención haya de practicarse en forma que no perjudique los derechos del detenido distintos a su libertad y, especialmente, los relativos a su honor, intimidad e imagen, aunque se destaque la

obligada protección al derecho a la libertad de información, no es asunto menor. Detenciones practicadas con luz y taquígrafos, con publicidad no relevante desde el punto de vista de la información pública, con escenas denigrantes causadas por quienes la practican y con evidente vulneración del deber de sigilo por estos últimos, deberían obligar a adoptar medidas que no se colman con un precepto que ha demostrado su ineficacia. La relación entre derechos individuales e información no puede confundirse con los intereses económicos de medios de comunicación que practican un periodismo amarillo y basado en el escándalo y la intromisión en la intimidad de las personas.

Las meras admoniciones no son suficientes cuando la realidad acredita otros intereses en juego que se anteponen a la vigencia de los derechos humanos, los del detenido⁵. Y sin que sea evidenciable una real relevancia pública de la noticia televisada. El interés público en el conocimiento del hecho de la detención es escindible de la publicación de imágenes de la misma.

Destaca la norma propuesta por la consideración en el texto de la ley procesal penal de una protección especial de la persona del detenido que se concede a un funcionario distinto a los que hayan procedido a la detención y ajeno a quienes investigan los hechos. Un tercero sin interés directo, aunque sea objetivo, bajo cuya custodia y responsabilidad debe quedar el detenido. Un funcionario responsable, identificado en cada momento desde el ingreso en las dependencias policiales y hasta la libertad o prisión (art. 199).

La responsabilidad, pues, se atribuye de modo expreso a un funcionario concreto, sin que se pueda diluir en la organización administrativa y se evita o se quiere evitar que el detenido esté en contacto con quienes lo detuvieron o lo investigan. Un acierto de la norma y una garantía para quien ingresa en una comisaría y cuyos derechos han de preservarse.

Las funciones del responsable se extienden, básicamente, a garantizar el respeto de los derechos del detenido, a hacerlos eficaces, dentro de lo que se incluye la garantía de la libre autodeterminación de aquel cuando se halle bajo los efectos de sustancias estupefacientes o tóxicas, sea menor de edad o se encuentre limitado por alguna discapacidad o falta de capacidad física o psíquica que haya que poner en conocimiento del MF.

De igual manera, será el responsable de que no se exceda el plazo de la medida. Y, por último, deberá asegurar la completitud del atestado, asegu-

⁵ Y así lo manifiesta ALONSO-CUEVILLAS, J.: "Proceso penal y derecho de defensa tras las reformas de 2015". En *Derecho y proceso. Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez*. vol.1, 2018, P. 167.

rando que contenga una relación de todas las incidencias que se produzcan en relación con la detención y la persona detenida.

4. LA DETENCIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE ACTOS Y RESOLUCIONES PROCESALES

La comparecencia preceptiva de una persona para la ejecución de determinados actos y resoluciones procesales, ha llevado en múltiples ocasiones a ordenar su comparecencia coactiva, careciendo nuestro ordenamiento de normas que avalaran esta restricción de la libertad, lo que suponía, más allá de la infracción del principio de legalidad, una ausencia de régimen jurídico que dejaba en una suerte de limbo jurídico a quien se veía sometido a una detención, pues en eso se traduce cualquier privación de libertad aunque no tenga el carácter de preventiva.

La norma propuesta supone, pues, un avance importante en la garantía de los derechos de toda persona privada de libertad, no sólo habilitando la restricción de dicho derecho fundamental, sino, lo más importante, regulando un régimen jurídico que evita la discrecionalidad y proporciona seguridad jurídica a quienes ordenan la detención y a quienes la padecen.

No obstante, la dificultad de aplicación de esta detención reside en el hecho de que no puede confundirse con la preventiva, pues no concurren en el caso los presupuestos que justifican la privación de libertad cautelar. De ahí que queden espacios que la norma no desarrolla adecuadamente y que son esenciales para su aplicación.

Solo puede ordenarla el MF o la autoridad judicial, en caso alguno la policía. Su fin es el cumplimiento de cualquier acto procesal en el que la presencia del detenido sea imprescindible, no solo conveniente, pues rige en toda su extensión la regla de la necesidad, que debe ser extremada en estos casos. Y es aplicable no sólo a los sometidos a proceso penal en calidad de partes pasivas del mismo, sino igualmente a peritos o testigos.

La duración de la detención no podrá exceder en ningún caso de veinticuatro horas, en el curso de las cuales, la policía, encargada siempre de su ejecución, deberá poner al detenido a disposición de la autoridad que ordenó la medida.

Si la detención se produce en territorio distinto a aquel en el que el ordenante ejerce jurisdicción se podrá ejecutar la diligencia si es posible o trasladar al detenido ante el competente, pero únicamente si es posible hacerlo dentro del plazo máximo o, en su caso, dice la norma, decidir sobre la situación personal del afectado conforme a la requisitoria que justificó la restricción de libertad.

Es decir, el art. 197 es consciente de que la finalidad de la detención en relación con el plazo máximo en que debe ejecutarse presenta fisuras difícilmente resolubles. Solo en el caso de que la medida que se garantiza se pueda ejecutar dentro del mismo, la detención cumpliría su función, siendo obligada la libertad si no puede hacerse en el transcurso del establecido sin excepción alguna. Si no puede ejecutarse no procede en caso alguno la detención o ampliación de un plazo que procedería únicamente cuando el sujeto pudiera ser sometido a detención preventiva, siendo a tal efecto necesario que se verificaran los presupuestos del art. 190. Y estos últimos nunca se dan cuando los detenidos sean personas distintas al investigado o acusado e, incluso, en este último supuesto, sería necesario algo más que la presencia imprescindible en el acto procesal, pues la detención preventiva solo se justifica cuando exista un riesgo de frustración de la investigación que va más allá de la mera presencia del investigado en el mismo.

La norma, por tanto, deja espacios sin resolver, pues no garantiza la finalidad propuesta, ni puede hacerlo sin mayores precisiones.

Sería conveniente, por tanto, un mayor desarrollo que previera las situaciones en las que, no siendo posible ejecutar el acto en el plazo legal, se hubiera de garantizar la presencia del sujeto cuando el mismo se llevara a efecto. Y la solución no es, parece, la de mantener una detención de forma no definida, ni la de detener, previa detención anterior, otra vez. Seguramente, vincular o compatibilizar temporalmente detención y ejecución podría ser lo adecuado. Y solo ordenar la detención cuando la misma garantizara la ejecución del acto en el plazo legalmente establecido. Si no se hace así, la privación de libertad carecería de justificación real y podría devenir en una mera sanción.

5. LOS DERECHOS DEL DETENIDO

El anteproyecto parte en su propuesta de la vigente regulación, fruto de la reforma de 2015 que, en este concreto aspecto, experimentó una modificación profunda y positiva. Una reforma que abordó materias que nunca se habían asumido como necesidad constitucional. Por esa razón, el listado de derechos que se contiene en el anteproyecto es en buena parte copia casi literal del estado de cosas vigente, si bien debe destacarse una nueva estructura, que clarifica y permite un desarrollo más acertado de la materia, lo que la LO 13/2015 no podía desarrollar al tratarse de una simple modificación parcial de normas y en el marco de una previsión legal no del

todo punto compatible con las medidas cautelares propias de un Estado de derecho avanzado.

En este contexto, la propuesta clarifica algunas de las reformas operadas en 2015, a modo de respuesta ante los problemas que se han suscitado en la práctica y aún no resueltos en buena parte. Lagunas o silencios, junto a reglas muy genéricas han puesto de manifiesto carencias que la ley debe suplir e integrar para evitar que el ejercicio de ciertos derechos quede desasistido ante interpretaciones restrictivas de la defensa. A la vez, es evidente que ciertos derechos deben acomodarse al nuevo sistema que confiere la dirección de la investigación al MF que, aunque imparcial, no deja de ser parte, de modo que en una fase diseñada con escaso control judicial y no mayor intervención de la defensa, haya de profundizarse en la información de la imputación al sujeto pasivo del proceso y, especialmente, al privado de libertad. Una imputación escasamente fundada y comunicada rompería el equilibrio, ya de por sí debilitado, entre las partes, lo que se agrava si esa deficiencia se observa en los primeros momentos por razones que no se fundamentan en la inexistencia de elementos de acreditación de la imputación, sino en una ventaja otorgada a la acusación pública.

Y, por último, la norma contempla nuevos derechos o, mejor dicho, expresión ampliada de otros ya previstos, pero necesarios cuando el derecho de defensa y el carácter cautelar de la medida se quiere reforzar.

La valoración de este apartado ha de ser positiva a pesar de las críticas que se puedan formular y que pueden deberse en muchos casos a cierta precipitación en la elaboración de una norma que hubiera exigido una mayor reflexión y ponderación, a la vez que haber prescindido en mayor medida de las previsiones de aquel anteproyecto de 2011, superado en estos diez años y que ha tenido excesiva influencia en la norma que se presenta.

El desarrollo de los derechos de los detenidos se estructura en dos bloques relativos, el primero, a los que se atribuyen a cualquier detención, y, el segundo, a los propios de los detenidos preventivamente. Una división que tiene sentido y fundamento, pero que deja espacios para la duda y lagunas sin resolver.

5.1. Derechos atribuidos a cualquier detenido

La norma relaciona en los arts. 201 a 206 un conjunto de derechos que corresponden a cualquier persona detenida, preventivos o no, pues se vinculan al hecho mismo de la privación de libertad.

La duda surge inmediatamente cuando se debe concretar el ámbito subjetivo de las normas. Porque, no parece que sea de aplicación a otras detenciones que no sean aquellas adoptadas en el curso de un proceso penal, es decir, las que derivan tanto de la posible comisión de un delito, como aquellas que tengan su origen en otras obligaciones o disposiciones de la ley procesal penal. Extender estos preceptos a detenciones cuya causa resida en normas de naturaleza no penal no se compadece con la inclusión de reglas en una norma procesal penal, ni con el contenido de algunos de los derechos reconocidos, aunque sí con otros que tienen aplicación general, como sucede con el Habeas Corpus, previsto en una ley específica. Otras privaciones de libertad, como las que tienen su origen en razones sanitarias, administrativas, civiles etc...no pueden encontrar un régimen adecuado en este cuerpo legal⁶.

De la misma forma, el hecho mismo de prever ciertos derechos para cualquier situación de privación de libertad, hace que alguno de ellos no se regule adecuadamente, siendo así que, cuando el origen es preventivo, su desarrollo exigiría una mayor precisión y coherencia con el articulado de la norma en su conjunto.

Todo detenido deberá ser informado, verbalmente en el momento de la detención y por escrito lo antes posible, de los hechos que se le atribuyen y que constituyen el motivo de su detención, de las razones por las que es detenido y de los derechos que le asisten en calidad de detenido.

Igualmente, se le ha de informar de la infracción que se afirma ha cometido.

La redacción de la norma (art. 201) es compleja y su coherencia con el resto del articulado, a veces no suficiente. Y es que, siendo lo normal que cuando se trate de detenciones no preventivas baste con una información de hechos y de infracciones más general, cuando la privación de libertad es preventiva, se impone una información que contenga una calificación jurídica provisional. El art. 14 es claro al respecto al imponer que a toda persona privada de libertad haya de informársele, inmediatamente, de la

⁶ Sobre las distintas detenciones que pueden producirse en el proceso penal, Vive BANACLOCHE PALAO, J.; "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el derecho español". En *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valencia. Valencia 1998. Pp. 54 y ss. Igualmente ORTELLS RAMOS, M.; "Detención, retención y Habeas Corpus". *Seminario sobre detención y prisión provisional*. Xunta de Galicia. Santiago 1995. Pp. 73 y ss., En esta misma obra, vide TORRES-DULCE LIFANTE, E; *Libertad, detención, prisión y habeas corpus en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Pp. 250 y ss.

calificación jurídica atribuida a los hechos que justifican la detención y, por tanto, la imputación.

Y es que, la información de un hecho jurídicamente relevante, es decir, un hecho típico desde el momento mismo de la detención, es consecuencia de la obligación de concurrencia de una sospecha de participación en un delito. De este modo, si el *fumus boni iuris* se traduce en este requisito, parece complejo negar que se haya de proporcionar información sobre el presupuesto mismo que legitima la medida de privación de libertad. Y esta obligación, la de concretar inicialmente un hecho delictivo, en el que consten todos los elementos del tipo, aunque sea a un mero nivel de afirmación, impide detenciones e investigaciones prospectivas, por hechos que no aparecen como delictivos desde el momento primero, sino como meras sospechas de que podrían serlo. Reconocer el derecho a impugnar la legalidad de la detención y omitir el deber de informar del delito que se imputa, no sería otra cosa que mera especulación intelectual.

Que el art. 201 se redacte en forma ambigua y que se elimine este deber puede dar lugar a problemas interpretativos o de aplicación que lleven a conflictos innecesarios. Tal vez sería, por tanto, necesario reproducir el derecho a la información de hechos y derechos en lo relativo a los detenidos preventivamente, remarcando las especialidades aplicables en este caso concreto, que no tienen la misma importancia cuando de detenciones de otro carácter se trata.

Sí constituye un avance importante el deber de que la información se produzca de forma inmediata y verbalmente en el momento mismo de la detención, pues sin duda alguna el cumplimiento de esa obligación servirá para evitar, en su caso, declaraciones de apariencia espontánea que no se producirían con una adecuada ilustración de sus derechos al detenido.

Es importante, aunque ya se encontraba previsto para los detenidos preventivamente (art. 520 LECrim), el derecho reconocido a que se ponga en conocimiento de la persona que el detenido determine el hecho de la detención y el lugar de custodia, así como el de comunicar telefónicamente con quien aquel decida. Ampliar este derecho a cualquier detenido, de cualquier condición, es básico en los casos de situaciones que afectan a personas especialmente desprotegidas.

Importante es la norma que regula el derecho a un reconocimiento por el médico forense o el que corresponda en el caso. Destaca aquí la novedad que ordena que el parte no se comunique a los agentes encargados de la custodia, es decir, a la policía judicial, salvo los casos en que la persona, por

sus circunstancias, deba ser asistida o representada o apoyada legalmente. Se entiende, pues, que el parte se incorporará a las diligencias cuando se solicite por el MF, pero se evitará su aportación al atestado, no obstante lo cual, al disponer el detenido de una copia, éste podrá hacer el uso que entienda conveniente a su derecho al punto de impugnar la privación de libertad.

5.2. Derechos de los detenidos preventivamente

La propuesta viene, como se ha comentado, a reproducir en buena parte los derechos ya previstos y en forma casi idéntica, por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015, altamente positiva y avanzada. No será objeto de atención en esta breve aportación, pues, todo aquello que venga a coincidir con la regulación en vigor, sino solo aquello que haya experimentado alguna modificación sustancial o lo que se prevea como novedad. Reproducir lo existente y conocido en lugar de analizar lo propuesto no tiene sentido cuando se trata de un trabajo que pretende valorar una norma presentada a la opinión pública para su informe. Y, en este sentido, la crítica y la exposición de opiniones y alternativas, lógica y coherente con la labor de juristas, especialmente, los universitarios comprometidos con la realidad, que no se compadece con sistemas de control opacos en todas sus manifestaciones y cuya pretensión no es, precisamente, la de crear juristas y profesores libres. La excelencia, como criterio que se va imponiendo tiene de tal solo el nombre. La prudencia que se exhibe no es prudencia, sino algo distinto e incompatible con la esencia de nuestra institución milenaria.

Y, en este sentido, las aportaciones de la propuesta sin duda son propicias a un mayor respeto al derecho de defensa, profundizando en su preservación y garantía, a la vez que clarifica aspectos que en la práctica han ocasionado dificultades por causa de la tendencia a limitar los derechos del detenido.

5.2.1. El acceso al material necesario para impugnar la legalidad de la detención⁷

Uno de los derechos incorporados a la LECrim por la reforma de 2015 fue el relativo al acceso a los elementos que constaran en las actuaciones y que se consideraran necesarios para impugnar la legalidad de la detención,

⁷ Sobre la intervención del abogado en este momento como expresión del derecho de defensa, vide GIMENO SENDRA, V.; "El Habeas Corpus". En *Constitución y proceso*. Madrid 1988. Pp. 180 y ss.

expresión ésta que consta así en el apartado 2,d) del art. 520 vigente y que ha suscitado serios problemas de interpretación dada su excesiva amplitud y las precisiones que ha establecido la jurisprudencia.

En primer lugar, porque es discutible que pueda ser limitado el conocimiento de lo actuado a los solos elementos útiles para impugnar la legalidad de la detención y no su procedencia, máxime si se ha reforzado el derecho de defensa a los fines de garantizar una declaración no sólo libre y espontánea, sino plenamente respetuosa con la contradicción en sentido amplio.

Y, en segundo lugar, porque la indeterminación del momento en que el acceso es debido y el contenido de los elementos accesibles, ha dado lugar a situaciones que el TS ha interpretado bajo premisas no del todo punto comprensibles en un acto de ejercicio de la defensa y en el que no cabe hablar, en situaciones de normalidad, de limitaciones a un material, el policial, que posteriormente será aportado al procedimiento.

La reforma propuesta, en este sentido intenta ofrecer un marco un tanto más objetivo que, situándose en la misma línea que la norma vigente, clarifique las lagunas de la norma.

Por un lado, establece que el derecho de acceso del detenido y su abogado tendrá lugar después de haber sido aquel informado de sus derechos y antes de su declaración.

Por otro lado, circunscribe los elementos que deben ser objeto de puesta en conocimiento a los esenciales para impugnar la legalidad de la detención, no a los que sean necesarios para impugnar la imputación en que se basa la privación de libertad, relacionando una serie de documentos de forma particular, como la denuncia, los testimonios inculpativos, los informes periciales y las fotografías y grabaciones si existieran.

La norma, sin embargo, parte de una consideración similar a la que caracterizaba la regla vigente y es la de considerar la normalidad de la detención al inicio de las investigaciones, siendo así que puede suceder que la medida tenga lugar una vez avanzadas las diligencias, especialmente en el curso de la ahora prevista “investigación preliminar” (art. 556). Puede suceder, pues, que, decretada la detención ya exista un procedimiento en curso al cual deberían serle de aplicación las normas generales aplicables a los investigados, pues la declaración no puede ser considerada ajena a la adquisición de la condición de parte pasiva del proceso penal. Y ello, porque aunque lo común sea la primera comparecencia, el art. 559 establece que tal condición se adquiere en todo caso con la detención. O, lo que es lo mismo, todo detenido es investigado, aunque la detención se produzca

en el primer momento, variando el nivel de información que conste en las actuaciones.

De este modo y si el detenido goza de la condición de parte, debería entenderse que tiene el pleno derecho a conocer las actuaciones salvo declaración de secreto, tal y como establecen los arts. 51 b) y 144.

En resumen, tratándose de detenido con carácter previo, la comunicación se reconduce normalmente al atestado; pero, si se produce con posterioridad, debe serlo a la totalidad de lo actuado por disposición legal. Y aún en el primer caso, debe tenerse en cuenta que la detención se debe poner en conocimiento inmediato del MF el cual, como dispone el art. 542,2, se pondrá al frente de la investigación aunque permanezca la situación de privación de libertad, lo que se traduce en la aplicación del régimen general de derechos de todo investigado a conocer la totalidad de las actuaciones.

La asunción parcial de lo establecido en la Directiva 2012/13 UE, en la parte que consagra el derecho de todo detenido a acceder a los elementos indispensables para impugnar la legalidad de la detención, que el propio TS, en su reciente sentencia 312/2021, parece aceptar, olvida que aquella es una disposición general para todo el territorio de la UE; pero, en España el detenido es investigado y parte desde que se produce la privación de libertad, gozando de los derechos propios de todo imputado y, entre ellos, el de conocer la totalidad de lo actuado en el proceso. Que no se tenga acceso a los materiales extraprocesales, como afirma el TS en la sentencia citada, no puede extenderse a negar el general a todo aquello que esté integrado o se haya de integrar en el expediente de la investigación ante el MF.

Sería conveniente, a la vista de estas aparentes contradicciones y de la complejidad que la norma vigente está causando una clarificación del derecho de acceso a los elementos de la investigación coherente con la posición del detenido como investigado y el respeto al derecho de defensa, que no puede limitarse a los meros fines de impugnar la legalidad de la detención, sino que debe extenderse a oponerse a la misma tanto en relación con los elementos que justifican la imputación, como aquellos que motivan el peligro procesal.

5.2.2. La entrevista reservada con el abogado

Se introducen modificaciones importantes en el derecho, incorporado en 2015, del detenido a entrevistarse reservadamente con su abogado. La posibilidad de entrevista previa a la declaración, frente a la anterior legisla-

ción, compleja, que diferenciaba artificialmente entre derecho de defensa y asistencia letrada al detenido, cuando la detención era forma ordinaria de adquisición de la condición de imputado, dio paso a la consagración de la defensa como derecho que había de preservarse por encima de interpretaciones excesivamente forzadas.

La norma vigente autoriza al detenido a entrevistarse con su abogado con anterioridad a la declaración, lo que ha planteado algunos problemas cuando el detenido no declara. Es esta la razón, la respuesta a una práctica siempre tendente a restringir derechos, la que lleva al anteproyecto a ampliar el derecho, de modo que, por un lado, la entrevista tendrá lugar antes y después, y, por otro lado, se amplía a la práctica de cualquier diligencia en la que intervenga a los efectos de garantizar el asesoramiento al privado de libertad (art. 209,1 a).

Se garantiza y amplía el carácter defensivo de la intervención del abogado y el marco de una asistencia que, salvo detalles en los que se continúa con cierta inercia anterior, se aprecia en la detención una mayor profundización en el contradictorio.

5.2.3. La intervención del abogado en las distintas diligencias

Se mantiene en buena parte la situación existente, si bien se amplía en dos aspectos que necesitaban de desarrollo legal.

Así, se reconoce expresamente que el abogado podrá intervenir en la declaración en cualquier momento haciendo al detenido y de forma reservada, las apreciaciones que considere oportunas para su defensa. En este sentido, pues, no será suficiente con la previa entrevista, sino que, a la vista del desarrollo del interrogatorio, el asesoramiento del abogado servirá para evitar que el detenido actúe sin la asistencia de quien dirige su defensa técnica. Y dicho asesoramiento habrá de ser reservado, de modo que se mantenga el secreto en las relaciones entre abogado y cliente.

De la misma forma, se amplía la intervención del abogado a la diligencia de inspección ocular.

De nuevo cabe plantearse la razón por la cual, siendo el detenido un imputado, el mismo no puede intervenir en cualquier diligencia que se practique y es limitada a las que presentan contenido objetivo, impidiéndose con ello interrogatorios de testigos de cargo que podrían llevar a distintas conclusiones de celebrarse de modo contradictorio o la participación en pericias en forma de ampliación inmediata del objeto de las mismas.

6. LA INCOMUNICACIÓN DE DETENIDOS

Los arts. 211 y ss. del anteproyecto, regulan la incomunicación de detenidos y presos, medida excepcional ya existente y que ha experimentado importantes modificaciones en los últimos años y, hace tiempo, limitaciones derivadas de decisiones del TC que acomodaron la restricción de los derechos afectados a las necesidades que se pretenden prevenir.

Los principios que presiden la adopción de cualquier medida cautelar deben estar presentes en lo que constituye un régimen de cumplimiento de ésta, aplicable a cualquier privación de libertad, de modo que su adopción debe basarse en motivos de naturaleza cautelar y prevenir riesgos concretos, no genéricos, consustanciales a tal carácter. En caso alguno, pues, la incomunicación debe considerarse una sanción anticipada. Tampoco un régimen ordenado para facilitar la investigación, que parta de la negación o restricción del derecho de defensa y otros accesorios o íntimamente ligados al cumplimiento de la privación de libertad en condiciones especiales que favorecen la actividad policial o del MF al negar la participación efectiva del detenido o preso.

La incomunicación, como forma de cumplimiento de la medida, ha de estar justificada en el caso y ser excepcional y necesaria, es decir, fundamentada en los riesgos concretos, cautelares, que se quieran prevenir y siempre que no puedan ser asegurados los fines lícitos perseguidos por medidas menos intensas y gravosas para la libertad y los derechos afectados por las reglas especiales limitativas⁸. La regla es la privación de libertad ordinaria; la excepción, la incomunicación (art. 211,2). Y, debería entenderse, en una aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 187,2, que habrá de motivarse la incapacidad de aquella para cumplir los fines perseguidos y que la incomunicación es imprescindible, no bastando, pues, una mera referencia a esta necesidad abstracta.

La reforma de 2015 destacó por avanzar de forma considerable en la atribución de naturaleza estrictamente cautelar a la incomunicación, que solo es procedente ante la presencia de fines tendentes a garantizar el proceso o valores superiores del sujeto o terceros que pudieran verse expuestos en su vida, libertad o integridad física. Y esos valores y fines han de motivarse en el caso, así como la necesidad urgente de prevenirlos, no la genérica y permanente, que en caso alguno podría ser garantizada con una medida provisionalísima y de duración limitada.

⁸ Sobre fines de la incomunicación vide FAIRÉN GUILLÉN, V.; "La detención antes del juicio". *RDProc, ib-filip.* nº 4.1974 P. 764.

La propuesta continúa en la misma línea que la vigente, si bien profundiza en los motivos, los amplía y clarifica. No es más garantista en este caso que la norma en vigor, pues refuerza los motivos que justifican la incomunicación sin que en algún caso se justifique la ampliación de las causas que la autorizan.

6.1. Motivos que justifican la incomunicación

El art. 211, tomando como base la norma en vigor, la amplía y desarrolla excediendo el carácter cautelar que en 2015 se reforzó por la vía de incorporar fines de difícil compatibilidad con los estrictamente cautelares. Puede, pues, considerarse menos garantista y favorecedora de la investigación, seguramente por causa de una tendencia general de la propuesta a incrementar los medios ya amplios de los que dispone el MF. Una tendencia que debe ser corregida.

Se mantiene como criterio ordinario el de evitar un peligro concreto para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, desapareciendo la exigencia de que a tales efectos haya de constar una “necesidad urgente”. No obstante, la supresión de esta concreción del peligro, queda de alguna forma subsanada por el principio de necesidad, consagrado en el art. 187 y reproducido en el apartado segundo de este art. 211. No bastará, pues, con la constancia de un riesgo que haya de evitarse, sino que la medida habrá de ser imprescindible para eludirlo.

La finalidad de asegurar el proceso, de evitar que se comprometan sus fines (art. 509,1 b), se amplía en el precepto, que desarrolla la misma de forma concreta en la forma ordinaria en que toda medida cautelar sirve para impedir que se obstaculice el proceso mediante la alteración, ocultación, pérdida o destrucción de fuentes de prueba. Esta redacción, menos genérica y similar a la que se contiene en el art. 190,1-1º c), si bien es positiva al delimitar un fin tan amplio como el que permite la norma en vigor, plantea el interrogante de la diferencia en un mismo requisito que sirve para adoptar la detención y que la misma se cumpla de modo incomunicado. Esta coincidencia literal en la normas habilitante de la detención y de la incomunicación puede mover a confusiones que la ley debería contemplar más allá de fiar su aplicación a la motivación en el caso de un riesgo superior, máxime si subsiste la duda acerca de si es necesario fundamentar la insuficiencia de una medida menos gravosa para cumplir la misma función. Tal vez integrar este art. 211,2 con la exigencia de explicitar las razones por las que no es suficiente la detención ordinaria, podría ser la solución.

Introduce el precepto un nuevo motivo habilitante, consistente en la prevención de la continuación de la actividad delictiva, esto es, de un peligro de reiteración que, no obstante la redacción genérica del precepto, debe interpretarse conjuntamente con el art. 190 que solo admite este riesgo cuando entre el delito presuntamente cometido y el que se quiere prevenir exista una relación determinada. Y es que, es evidente, la incomunicación solo procede cuando lo sea la detención. De este modo, siendo solo posible acordar ésta ante un peligro de reiteración determinado, no parece que pudiera decretarse la incomunicación ante situaciones que no habilitan la privación cautelarísima de la libertad. De ahí que, no obstante lo dicho, hubiera sido conveniente redactar este precepto en forma menos abstracta y genérica y, por el contrario, destacar las diferencias y exigencias especiales que impone el régimen extraordinario de la incomunicación.

Por último, el precepto autoriza la incomunicación cuando sea necesario para impedir la huida de otras personas implicadas en los hechos o de miembros de quienes estén integrados en una organización criminal o terrorista con quien el detenido esté vinculado.

La redacción de la norma coincide, casi literalmente, con la del art. 194,1-d), que regula la prórroga de los detenidos al amparo de lo establecido en el art. 55,2 CE. Como al comentar aquella norma se dijo, no tenía justificación y podría incurrir en exceso la autorización de una prórroga ante la simple pertenencia de los terceros cuya huida se quiere evitar a una organización criminal, pues la Constitución solo permite la aplicación de un régimen excepcional en los casos de terrorismo, no ante la delincuencia organizada.

Por el contrario, en materia de incomunicación y siendo evidente que esta medida no se limita exclusivamente al terrorismo, esta finalidad, aunque pueda ser objeto de crítica, es perfectamente legal. No hay norma constitucional que la impida.

Pero, en todo caso, se impone la determinación exacta del significado de “organización criminal” y su interpretación restrictiva, pues se trata éste de un concepto en exceso utilizado y que, más allá de sus repercusiones materiales penales, abre la puerta en el proceso penal a medidas restrictivas de derechos que exigen una determinación exacta, concreta y limitada de los supuestos en que deben ser de aplicación.

6.2. Régimen de cumplimiento de la incomunicación

Pocas novedades contiene la normativa propuesta en relación con la redacción dada al art. 527 por la reforma de 2015, una vez que esta última

cumplió con las exigencias constitucionales impuestas y perfiló de forma suficiente el conjunto de derechos que podían experimentar restricciones en los casos en los que la privación de libertad se cumple de forma incommunicada.

La propuesta, aunque no fuera necesario porque así se venía entendiendo, expresa que los derechos limitables no son necesariamente todos los que el art. 212 relaciona, sino que podrán serlo todos o algunos, lo que conduce obligatoriamente, en aplicación del principio de necesidad, a fundamentar que los derechos limitados sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines que la medida, en concreto, persigue. No es posible, por tanto, una restricción plena de los derechos contemplados en el precepto, siendo obligado justificar la debida restricción de los que se acuerden y hacerlo motivadamente en atención al fin perseguido. En este sentido, pues, la norma adquiere un contenido protector que debe valorarse positivamente.

Sucede igual con la incorporación de un límite a la prohibición de comunicación del privado de libertad con las personas que se determinan en el art. 202, familiar, abogado u otra persona de su elección, prohibición ésta que, se establece, no puede alcanzar a la puesta en conocimiento de aquéllas del lugar en que se encuentra el detenido. Ciertamente es que el conocimiento mismo de la detención constituye un obstáculo para el cumplimiento de alguno de los fines que justifican la medida, especialmente, los de aseguramiento de la prueba cuando los terceros puedan ponerla en riesgo o los de evitar la huida de sujetos relacionados con el delito presuntamente cometido. Pero, los derechos a la seguridad, la necesidad de evitar detenciones arbitrarias y a vida familiar son y deben tener un valor superior que no puede ser vulnerado por razones de carácter investigador que el Estado ha de garantizar sin excesos y de forma desproporcionada⁹.

Por último, la incomunicación no puede afectar al derecho a conocer de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Llama la atención esta norma cuando la regla general es que dicho derecho, el de conocer de los elementos que consten en la causa, cualquiera que sea su estado a tenor del anteproyecto, se limita a aquellos esenciales para tal fin. De ser esta la interpretación adecuada, resultaría que la limitación del derecho de defensa en los casos de incomunicación no difiere en nada de la generalmente establecida para los detenidos. Solo puede entenderse, pues, esta norma si se interpreta la regla general de forma extensiva y se entiende

⁹ Vide sobre este derecho BARONA VILAR, S.; "Garantías y derechos de los detenidos". En *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. 22. CGPJ. 2005. Pp. 70-71.

que el acceso a las actuaciones abarca a todas las que consten en la causa y respecto de las cuales el detenido tiene derecho a su conocimiento por haber adquirido la condición de imputado. En otro caso, la norma excepcional debería ser clarificada o suprimida.

6.3. Plazo de la incomunicación

Una sola novedad contiene la norma propuesta en este apartado. Y es que la prórroga en los casos de delitos de terrorismo, podría alcanzar los cinco días, plazo que se limita ahora a tres.

En todo lo demás, no hay modificación alguna.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS, J.; Proceso penal y derecho de defensa tras las reformas de 2015. En "Derecho y proceso". *Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez*. vol. I, 2018.
- ASENCIO MELLADO, JM. *La prisión provisional*. Madrid. 1987.
- ASENCIO MELLADO, JM.; "La reforma del sistema de medidas cautelares". En *La reforma del proceso penal* (Obra colectiva). Madrid 2011.
- BANACLOCHE PALAO, J.; "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el derecho español". En *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valencia. Valencia 1998.
- BARONA VILAR, S.; "Garantías y derechos de los detenidos". En *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. 22. CGPJ. 2005. Pp. 70-71.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.; "La detención antes del juicio". *RDProc, ib-philip*. nº 4.1974.
- FUENTES SORIANO, O.; *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid 2009.
- GIMENO SENDRA, V-VIVES ANTÓN, T.; *La detención*. Barcelona 1977.
- GIMENO SENDRA, V.; "El Habeas Corpus". En *Constitución y proceso*. Madrid 1988.
- ORTELLS RAMOS, M.; "Para una sistematización de las medidas cautelares". *RGLJ*. Mayo 1978.
- ORTELLS RAMOS, M.; "Detención, retención y Habeas Corpus". *Seminario sobre detención y prisión provisional*. Xunta de Galicia. Santiago 1995.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E.; *Libertad, detención, prisión y habeas corpus en la doctrina del Tribunal Constitucional*.