

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL FRENTE A LA «RETENCIÓN» POLICIAL CON FINES DE IDENTIFICACIÓN

The right to personal freedom against police “retention” for identification purposes

PILAR MARTÍN RÍOS

Universidad de Sevilla

pilarmar@us.es

Cómo citar/Citation

Martín Ríos, P. (2018).

El derecho a la libertad personal frente a la «retención» policial con fines de identificación.

Revista Española de Derecho Constitucional, 112, 87-113.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.03>

Resumen

La controvertida Ley Orgánica 4/2015 ha venido acompañada de polémica desde sus trabajos preparatorios. Si bien algunos aspectos de dicha Ley —conocida por algunos con el sobrenombre de «ley mordaza»— han sido objeto de exhaustivos análisis (así sucede, por ejemplo, con la afectación que supone respecto de los derechos de reunión y manifestación, así como en cuanto a la libertad de expresión), la cuestión de la retención policial en ella regulada ha merecido, por el contrario, escasa atención. Es nuestro propósito, en el presente estudio, analizar, desde un punto de vista crítico, las implicaciones constitucionales de tan controvertida figura, destacando aquellas que, a pesar de la nueva ley, continúan necesitadas de una mayor atención.

Palabras clave

Seguridad ciudadana; libertad personal; identificación del sospechoso; retención policial.

Abstract

The controversial Organic Law 4/2015 has been accompanied by controversy since its preparatory work. While some aspects of the Law —known as the “Gag Law”— have been thoroughly analyzed, the question of police retention has not been sufficiently studied. It is our purpose, in the present study, to analyze, from a critical point of view, the constitutional implications of such a controversial figure, highlighting those that, in spite of the new law, still need more attention.

Keywords

Public safety; personal freedom; identification of the suspect; police retention.

SUMARIO

I. PALABRAS PREVIAS: PRESENTACIÓN DE LA CUESTIÓN. II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD Y SUS POSIBLES LIMITACIONES. ESPECIAL MENCIÓN A LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. III. CATEGORÍAS DE RETENCIÓN. IV. EL CASO DE LA «RETENCIÓN CON FINES DE IDENTIFICACIÓN» O «RETENCIÓN CON TRASLADO»: 1. La situación anterior a 1992. 2. Su regulación en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. 3. La labor hermenéutica del TC: 3.1. *Acerca de la naturaleza de la diligencia*. 3.2. *Acerca de los presupuestos habilitantes*. 4. Deslinde de la detención y consecuencias de dicha diferenciación: 4.1. *Consideraciones generales*. 4.2. *La inexigibilidad de las garantías de la detención preventiva*. 4.3. *La configuración de la retención como un tertium genus*. 4.4. *La innecesariedad de la «retención con traslado»*. 4.5. *La cuestionada constitucionalidad de la «retención con traslado»*. 5. Reforma de 2015: aspectos principales. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. PALABRAS PREVIAS: PRESENTACIÓN DE LA CUESTIÓN

En los casos en que, en el cumplimiento de sus funciones, la Policía lleva a cabo una breve privación de libertad de un sujeto con la única finalidad de proceder a su identificación, suele hablarse de retención policial, aun cuando esta figura no esté reconocida, como tal, en el derecho procesal español. Es precisamente su indefinición la que suscita multitud de debates en torno a ella, cuestionándose desde su naturaleza hasta la propia necesidad de su previsión.

La redacción del art. 20 de la anterior Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana¹ consagró, a nivel legal², la posibilidad de que las fuerzas y cuerpos de seguridad pudieran trasladar a dependencias próximas a personas indocumentadas, con la finalidad de proceder a su debida identificación. Estas prácticas, tradicionalmente calificadas como «retenciones» por parte de la doctrina, carecían de una adecuada regulación en el precepto que las contemplaba, lo que originaba importantes problemas en la determinación de qué supuestos habilitaban a la Policía a realizarlas.

¹ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero.

² En el ámbito de la praxis policial, era una realidad desde hacía ya mucho tiempo.

La promulgación de la actual Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana³ persiguió, entre otros, el objetivo de paliar las dificultades interpretativas que subsistían, no obstante la utilidad de la labor interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional español⁴, en este punto, a lo largo de varios años. Pese a que, en el nuevo texto, se refuerzan —de forma evidente— las garantías de los ciudadanos frente a eventuales prácticas abusivas de estas diligencias de identificación (garantías que serán, también, objeto de cumplida atención), subsisten, como es nuestro propósito destacar, algunas cuestiones necesitadas de una mayor atención.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD Y SUS POSIBLES LIMITACIONES. ESPECIAL MENCIÓN A LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La Constitución Española⁵ recoge, en su art. 17, el derecho a la libertad personal. Aun cuando, por su ubicación en la propia CE, es considerado como un derecho fundamental, ello no implica que se trate de un derecho absoluto. Así, como indicó el TC en Sentencia del Pleno 179/1985, de 19 de diciembre, se trata de un derecho susceptible de restricciones, siempre que las mismas no vulneren —por su irrazonabilidad— la necesaria proporcionalidad y el debido equilibrio entre el derecho a la libertad y su limitación. Como indica, además, el art. 17 CE, caben privaciones de libertad, siempre que estas se realicen en los casos y en la forma previstos en las leyes

También el art. 5 del Convenio de Roma⁶, tras establecer que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, relaciona supuestos en que, legítimamente, esa libertad puede verse restringida, cuando con ello se asegure el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

El TC español, en múltiples pronunciamientos⁷, ha insistido en que las limitaciones a la libertad deben estar presididas por el principio de

³ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo. En lo sucesivo, LOPSC.

⁴ En adelante, TC.

⁵ En lo sucesivo, CE.

⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁷ Por todos, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que recuerda cómo esas limitaciones que se establezcan —al igual que tampoco podrán incurrir en falta de proporcionalidad— han de responder siempre a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación

proporcionalidad⁸ en una triple dimensión, lo que supone la necesidad de realizar tres juicios: uno, primero, acerca de la idoneidad de la limitación (en relación con la consecución del objetivo propuesto); un segundo juicio en cuanto a su necesidad (entendido como la inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin); y, finalmente, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto acerca de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público, que es lo que justificaría un cierto sacrificio del ejercicio del derecho).

Una posible limitación en la libertad puede hallar su justificación en la necesaria preservación de la seguridad ciudadana. Libertad y seguridad⁹ se presentan, así, como los dos términos de un binomio, esto es, como dos aspectos que, interdependientes uno de otro¹⁰, han de hallarse en equilibrio, por ser ambos merecedores de tutela. No se trata, en consecuencia, de una dicotomía (Castillo Blanco, 1993: 444 y 445) ni de dos bienes jurídicos susceptibles de contraposición —pues, entonces, el sacrificio de uno permitiría la existencia del otro—, sino, antes al contrario, de dos valores que no pueden ser entendidos el uno sin el otro. El principal problema consiste, precisamente, en lograr una situación de equilibrio entre ellos.

En atención a la referida protección de la seguridad ciudadana, debe reseñarse que, según dispone el art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹¹, así como el art. 104 CE, son funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad el prevenir la comisión de actos delictivos, y el investigar para descubrir y detener a los presuntos culpables. Como bien señaló el preámbulo de la aludida Ley Orgánica 2/1986, se hacía precisa una ley orgánica para abordar estas materias, puesto que todo lo relativo a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente constituyen «zonas de delimitación de derechos fundamentales de la persona». Para atender, entre otras, a esta necesidad, surgió la originaria Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 1992.

crearan inseguridad o incertidumbre insuperable acerca de su modo de aplicación efectiva.

⁸ Destaca Lascuráin Sánchez (2009: 373 y 374) cómo la proporcionalidad opera, de hecho, como garantía material de la libertad.

⁹ Entendida esta como seguridad «física o personal» (Lascuráin Sánchez, 2009: 369 y 370).

¹⁰ Sostiene Pedraz Penalva (1992: 2) que no cabe hablar de libertad y seguridad como términos de un binomio, pues a su juicio existe un único derecho, el derecho a la libertad, cuya obligada observancia queda reforzada con la seguridad. Véase, asimismo, De Llera Suárez-Bárcena, (1993: 107 y 108).

¹¹ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. En lo sucesivo, LOFCS.

El preámbulo de la actual LOPSC, de 2015¹², continúa en esa misma línea, afirmando que su objeto es la protección del bien jurídico «seguridad ciudadana» y destacando a las fuerzas y cuerpos de seguridad —junto con el ordenamiento jurídico y la Justicia— como uno de los instrumentos decisivos para alcanzar dicho fin.

Siguiendo la doctrina del TC en este punto, en la LOPSC la seguridad ciudadana queda construida aunando las categorías de seguridad ciudadana (art. 104 CE) y seguridad pública (art. 149.1.29ª CE), interpretándolos, así, como sinónimos. En iguales términos se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica¹³.

De acuerdo con la STC 155/2013, de 10 de septiembre, se entiende por seguridad ciudadana la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la seguridad. De este modo, el concepto comprende tanto el mantenimiento de la paz pública como los servicios y acciones instrumentales frente a los riesgos que amenazan la paz pública, englobando acciones represivas y preventivas. Como señaló el referido Dictamen del Consejo de Estado, la exclusión de estas últimas contribuiría a crear una situación inestable, al no impedir desde el primer momento la aparición de graves riesgos y amenazas.

Es el modo concreto en que se exteriorizan esas acciones represivas y preventivas, que persiguen la protección de dicha seguridad, lo que origina las principales dificultades en esta materia, al entrar en claro conflicto con el derecho a la libertad. Partamos, pues, de la idea de que todas las actuaciones que, en su afán de preservar la seguridad ciudadana, comportan restricciones de libertad, presentan, de forma intrínseca, esa dificultad de conciliar adecuadamente los intereses en conflicto y de encontrar, como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 4 de febrero de 1994, «la justeza de la proporcionalidad».

Con independencia de lo anterior, debe destacarse que la retención, como posible modalidad limitativa de la libertad, se reviste de una complejidad especial; es tal circunstancia la que justifica su análisis pormenorizado en las páginas que siguen.

III. CATEGORÍAS DE RETENCIÓN

Para poder abordar convenientemente la cuestión de las retenciones policiales, resulta primordial proceder a alguna aclaración terminológica previa.

¹² En vigor desde el 1 de julio de 2015.

¹³ Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014.

Así, podemos entender que existe más de un tipo de retención, siendo únicamente una de ellas —la que presenta una problemática más intrincada— la que será objeto de atención en el presente trabajo.

Hoy en día, es generalizada la idea de que, entre las retenciones que resultan conformes a la legalidad, podemos distinguir entre aquellas que constituyen la retención «simple», dentro de las que se incluiría la identificación policial *in situ* —es decir, sin traslado (art. 16.1 LOPSC)—, que realiza en cumplimiento de sus funciones de indagación o prevención, y aquellas otras que, por demorarse más en el tiempo, constituyen la «retención con traslado» (art. 16.2 LOPSC).

En el primer caso, se habla de una mera inmovilización momentánea de la persona, instrumental de prevención o de indagación, esto es, una inmovilización «provisionalísima», que únicamente durará el tiempo imprescindible, que se presume breve —con independencia de que, como resultado de esa identificación, proceda su detención¹⁴—, para proceder a su cacheo, a su identificación o a la práctica de un test de alcoholemia o de sustancias estupefacientes. Estamos, en tales casos, ante situaciones que se consideran como «retenciones simples», que no dan lugar, por su brevedad, a mayores problemas, aunque suponen una restricción —si bien, mínima— de la libertad ambulatoria. Como bien señala Banacloche Palao (1996: 251), solo puede realizarse la identificación si previamente se ha procedido a restringir la libertad de los ciudadanos afectados por ella.

En estos casos, se procede a comprobaciones (o identificaciones) en la vía pública o en el lugar en que se hubiere hecho el requerimiento. Tales inmovilizaciones para el registro personal (el conocido como «cacheo»), la identificación o la realización del test correspondiente para verificar el estado de un conductor pueden proceder aunque en el afectado no haya indicios de haber cometido una infracción, es decir, en el curso de controles preventivos que suponen la puesta en práctica de «normas de policía»¹⁵, esto es, en el desempeño de funciones de indagación o prevención.

En el segundo supuesto, nos encontramos ante la retención con traslado, también conocida como retención policial. A pesar de tratarse de una figura que no está reconocida en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)¹⁶,

¹⁴ Al constatarse, por ejemplo, que se encuentre en una situación de «busca y captura», al haberse dictado una requisitoria judicial sobre él.

¹⁵ SSTs de 15 de abril y de 20 de diciembre de 1993, así como SSTC de 7 de octubre de 1985 y 18 de febrero de 1986.

¹⁶ Sí se hace referencia a la «retención», aun siendo a la «simple», en la Orden ministerial de 29 de julio de 1981, sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas.

lo cierto es que sí está admitida —y generalizada— en la práctica policial. Ese traslado a las dependencias policiales más próximas, en las que se disponga de los medios adecuados, se realizará a los solos efectos de la identificación del sujeto, actuando la Policía para impedir la comisión de un delito o para sancionar la comisión de una infracción. Además, el recurso a ella será siempre subsidiario, cuando se hayan agotado todos los medios (también telemáticos) para lograr una identificación *in situ*. Se requiere, además, el cumplimiento de una serie de exigencias en su práctica, que serán analizadas en el siguiente apartado.

IV. EL CASO DE LA «RETENCIÓN CON FINES DE IDENTIFICACIÓN» O «RETENCIÓN CON TRASLADO»

1. LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1992

Antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, nos encontrábamos en una situación complicada, puesto que la práctica policial de proceder a inmovilizaciones y conducciones de ciudadanos con el objetivo de identificarles no encontraba amparo legal alguno.

Tal situación era la que propiciaba, ciertamente, la existencia de dos tendencias contrapuestas: en primer término —y sostenida, especialmente, por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (Portilla Contreras, 1993: 104)—, aquella que defendía el recurso a la retención en atención a su utilidad para la prevención y represión de infracciones. Los partidarios de esta primera tesis denunciaban, asimismo, cómo la ausencia de regulación legal acerca de tal cuestión colocaba a la Policía, frecuentemente, en la tesitura de tener que optar entre exponerse a cometer un delito de detención ilegal o proceder al abandono de sus funciones. En el origen de esta reforma, como destaca López Ortega (1992: 153), está presente la reivindicación tradicional, por parte del aparato policial, de mecanismos jurídicos que permitan detener a un ciudadano por un breve espacio de tiempo, con la intención de realizar las diligencias preliminares de comprobación de su identidad.

En segundo término, y en sentido contrario, un sector importante de la doctrina penal y procesal española —Fairén Guillén (1992: 530) y Ramos Méndez (1987: 519-530)— reclamaba que a dicha figura de la retención se le aplicaran las garantías propias de una verdadera detención, evitando los problemas que se aparejarían a su configuración como un *tertium genus*¹⁷.

¹⁷ Problemática que se abordará en el apartado IV.4, donde se analizará el deslinde de esta figura respecto de la «detención», así como las consecuencias a que ello da lugar.

En esa confrontación de ideas, jugó un papel fundamental el dictado de la STC 98/1986, de 10 de julio, que —siguiendo, en este punto, la orientación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 1980 (caso *Guzzardi*)— declaró que entre la libertad y la detención de una persona no cabían zonas intermedias, y que no era tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impedía u obstaculizaba la autodeterminación de la conducta lícita— quedaran sustraídas a la protección que a la libertad dispensaba la CE. Por tal causa, entendía el TC, debiera beneficiarse del conjunto de las garantías que el art. 520 LECrim prevé para los privados de libertad¹⁸.

2. SU REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 1/1992, DE 21 DE FEBRERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Si bien es cierto que en la Orden ministerial de 29 de julio de 1981, sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas, reguló la retención¹⁹ del conductor de un vehículo de motor en controles preventivos para la realización de pruebas de alcoholemia, se trataba, en todo caso, de actuaciones incluidas en la categoría de «retención simple» antes vista, por lo que carecerían —como recuerda la STC 22/1988, de 18 de febrero— de relevancia constitucional y no supondrían violación alguna del art. 17.1 CE. Justamente por ello, su regulación se incluyó en una disposición de carácter administrativo, y no en una ley orgánica.

En definitiva, fue la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, la que procedió al expreso reconocimiento legal de esta práctica, aun cuando en todo momento evitara hacer uso del término «retención»²⁰. Constituyó, en definitiva, el primer intento de

¹⁸ De acuerdo con la referida STC de 10 de julio de 1986, «una recta identificación del concepto de “privación de libertad”, que figura en el art. 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean».

¹⁹ En este caso, sí se empleó tal término.

²⁰ Tampoco lo hace, hoy, el art. 16 de la vigente LOPSC.

abordar esta cuestión, que —habida cuenta de la frecuencia con que se recurría a tal práctica— se había convertido ya en una necesidad ineludible.

Sin embargo, tampoco aquella regulación resultó del todo afortunada, pues, pese a la extraordinaria importancia de sus consecuencias, recurrió al empleo de supuestos vagos e indeterminados, generando confusión sobre aspectos básicos, no solo en cuanto a los presupuestos que justificarían su práctica, sino también en cuanto a las garantías que a tal respecto debían aplicarse²¹.

El art. 20 de la referida Ley Orgánica 1/1992 estableció, en concreto, que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podían requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de la persona, así como 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, encomendaban tanto dicha Ley Orgánica 1/1992 como la LOFCS.

De no lograrse la identificación «por cualquier medio» —expresión ominosa, en opinión de Fairén Guillén (1992: 521 y 523)— y cuando resultare 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, podían requerir a quienes no pudieran ser identificados que les acompañasen²² a dependencias próximas donde se contase con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. En este segundo supuesto, nos encontraríamos ante la retención con traslado, a la que ya aludimos.

3. LA LABOR HERMENÉUTICA DEL TC

3.1. *Acerca de la naturaleza de la diligencia*

Hasta noviembre de 1993, tanto el TC²³ como el TS²⁴ habían manifestado —de forma mayoritaria, si bien no uniforme²⁵— su rechazo respecto a

²¹ De acuerdo con Queralt Jiménez (2009: 385), la Ley Orgánica 1/1992 se decantó por la «perspectiva policial más conservadora y menos proclive a abandonar la rutina».

²² También en este punto, Fairén Guillén (1992: 527) denuncia que la expresión «acompañar» es un eufemismo legal, al no regularse en la CE la figura de la «conducción del retenido».

²³ En la STC 98/1986, de 10 de julio.

²⁴ En las SSTS de 25 de septiembre de 1993 y de 26 de marzo de 1993.

²⁵ Pues la STC 107/1985, de 7 de octubre, en un supuesto de conducción a dependencias policiales para realizar una nueva medición con un alcoholímetro de precisión, consideró que no se produjo una verdadera privación de libertad.

toda retención que excediera de la mera inmovilización momentánea, al considerar que suponía una verdadera detención, tal y como sostenía la mejor doctrina.

Sin embargo, el propio TC —al resolver los recursos y la cuestión de inconstitucionalidad que se plantearon contra la Ley Orgánica 1/1992— acabó por aceptar que los particulares se sometieran a determinados requerimientos policiales, con el fin de que se practicasen diligencias imprescindibles que persiguiesen la represión o la investigación de hechos ilícitos, a pesar de que ello pudiera comportar —en ocasiones, y por su propia naturaleza— la paralización de la libertad ambulatoria durante el tiempo imprescindible para la práctica de tales diligencias.

Respecto a la previsión del art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de permitir el traslado forzoso a comisaría de ciudadanos, a los efectos de ser identificados, el TC declaró (STC 341/1993, de 18 de noviembre) la constitucionalidad de este precepto, aun cuando reconoció que se trataba de una situación que iba más allá de la mera inmovilización momentánea de la persona. Precisamente por ello, entendió que todo aquello que se demorase algo más en el tiempo que la mera inmovilización momentánea constituía una verdadera privación de libertad, lo que constituyó un punto de inflexión en esta materia. Se trataría, en concreto, de una privación de libertad con fines de identificación. No puede obviarse cómo, a este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de noviembre de 1980 (caso *Guzzardi*) había declarado (en su párr. 93) que «entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o de intensidad, más que de naturaleza o esencia».

De acuerdo con la STC 341/1993²⁶:

La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 CE, cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida.

²⁶ Años antes, el propio TS se había pronunciado, aun tímidamente, en esa misma dirección. Así, la STS de 4 de febrero de 1994 manifestó que «en principio, podría decirse que cualquier retención realizada por la Policía contra la voluntad de la afectada, supone una auténtica privación de libertad».

Es evidente que la desatención a la orden conminatoria puede dar lugar a responsabilidad penal. Por ello, la actitud del requerido, señala el TC, que acata la orden policial, pese a que expresa una voluntad (de no resistirse y acompañar a los agentes, en consecuencia), no implica necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 CE. Es decir, aunque el traslado o la conducción no se hagan «por la fuerza», el mero hecho de tener que atender a ese requerimiento supone que no exista una verdadera voluntariedad (*volui, sed coactus volui*).

De este modo, podríamos concluir que las meras restricciones de libertad se corresponderían, por su menor intensidad, con las «retenciones puras», mientras que la conocida como retención «con traslado» constituiría ya una verdadera privación de libertad, como acto de naturaleza administrativa que no aparece vinculado a la existencia de un proceso penal (Banacluche Palao, 1996: 143). Y es de su consideración como una modalidad de privación de libertad de donde deriva, de manera lógica, la necesidad de ser especialmente estricto en el recurso a la misma²⁷.

3.2. *Acerca de los presupuestos habilitantes*

Con independencia de las dificultades que surgían para determinar la naturaleza de la diligencia de identificación con traslado, la redacción del citado art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992 había venido causando importantes problemas en la determinación de qué supuestos habilitaban a la Policía a practicar dichas «retenciones».

En el apartado segundo de dicho art. 20 se afirmaba lo siguiente:

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.

Si bien el precepto en cuestión aludía a que ese requerimiento respondería «a los mismos fines del apartado anterior», que son los genéricos de la protección

²⁷ Véase la STS de 9 de mayo de 2013.

ciudadana, el TC insistía en que no podía hacerse uso del mismo de forma abusiva y frente a cualquier persona que no hubiera podido ser identificada.

En la práctica de la misma surgían, según el TC²⁸, dos límites fundamentales: exigencias de seguridad y de necesidad:

Respecto a las primeras, se entendía que la privación de libertad con fines de identificación solo podía afectar a personas de las que razonable y fundadamente pudiera presumirse que, o bien se hallaran en disposición de cometer un ilícito penal, para prevenir su comisión, o bien hubiesen cometido ya una infracción administrativa. En suma, la identificación con traslado podía ser utilizada tanto para prevenir la comisión de un ilícito penal como para sancionar a un infractor de la legalidad.

En cambio, como ya se dijo, el mero requerimiento para la identificación —en el curso de controles preventivos, por ejemplo— no estaría condicionado a la comisión de infracción alguna, ni a la evitación de un ilícito. Como señala Banacloche Palao (1996: 254 y 255), «lo que prescribe el artículo 20.2 es que, de todos los sujetos a los que se les puede pedir que acrediten su identidad [...], solo aquellos que se encuentren en alguno de los dos supuestos expresamente señalados (quienes van a cometer delito o quienes ya han realizado infracción administrativa) pueden ser conducidos coactivamente a dependencias policiales para su identificación».

En segundo término, las exigencias de necesidad implicaban que solo era posible el traslado forzoso a dependencias policiales para proceder a la identificación cuando no fuese posible realizarla de otro modo, esto es, sin recurrir a dicha conducción. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de 1 de junio de 1999, «se le exige (al agente policial) recurrir a cualquier medio que tenga a su alcance para poder realizar su labor, y solo cuando de una forma ponderada y razonada no pueda hacerse así, podrá optar subsidiariamente por el traslado a las dependencias, sin que su decisión pueda ser calificada como caprichosa o vengativa».

Debe repararse, sin embargo, en que ninguna de las exigencias apuntadas contaba con respaldo legal, sino que derivaban de la labor hermenéutica desarrollada por el TC —especialmente, a través de la fundamental STC 341/1993— en este punto.

No obstante lo loable de la labor interpretativa realizada por el TC, parece fuera de toda duda que tendría que haber sido el propio texto de la ley el que, con una adecuada redacción, despejase cualquier duda acerca de su correcta interpretación. La actual LOPSC, persiguió, entre otros, el objetivo de paliar estas deficiencias.

²⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre.

4. DESLINDE DE LA DETENCIÓN Y CONSECUENCIAS DE DICHA DIFERENCIACIÓN

4.1. *Consideraciones generales*

Una de las cuestiones más recurrentes en torno a esta materia es la de su pretendida asimilación a la medida cautelar penal de detención preventiva. No resulta baladí tal pretensión, pues dicha asimilación comportaría la debida extensión a la retención de las garantías que son propias de la detención.

Si bien en los casos de las retenciones que hemos calificado como «simples» es pacífica su distinción respecto de la detención que contempla el art. 17.2 y 3 CE²⁹ —se trata, como ya se dijo, de provisionálísimas restricciones de libertad que, de modo inevitable, comportan determinadas diligencias, pese a que estas no estén dirigidas, en principio, contra la libertad ambulatoria *stricto sensu*³⁰—, el principal problema surge respecto de las identificaciones o retenciones que implican traslado. Pese a suponer, como ya reconoce el TC y tuvimos ocasión de destacar, una verdadera —aun siendo breve— privación de libertad, es significativo que su tratamiento difiera sustancialmente del que se dispensa a cualquier otra medida que implique, al igual que ésta, una verdadera privación³¹ de libertad³².

4.2. *La inexigibilidad de las garantías de la detención preventiva*

En su conocida, y ya examinada, Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, el TC configura la retención como una figura autónoma y distinta de la detención³³. Es de reseñar cómo, en ella, el TC afirmó que la retención sí debía cumplir algunas garantías propias de la detención, para poder afirmar

²⁹ Véase, así, la STS de 17 de junio de 1999, que a su vez remite a las SSTS de 2 de febrero de 1996, 1 de marzo de 1996, 27 de septiembre de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 11 de diciembre de 1998, entre otras muchas.

³⁰ «Tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o —como en el caso de autos— los cacheos. Cuando de estas diligencias se trata, lo que importa son la cobertura legal y el respeto al principio de proporcionalidad, evitando toda clase de arbitrariedades», dice la STS de 17 de junio de 1999.

³¹ Que no mera restricción.

³² Véase, al respecto, Magro Servet (2010: 6).

³³ En dicha resolución, como se vio, el TC se pronunció de forma favorable a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992.

su constitucionalidad. Así, sostuvo que habían de respetarse (como entendió que hacía el texto sometido a su consideración) aquellas garantías de la detención que se concretan en la exigencia de una duración máxima y de la necesidad de informar al sujeto afectado de los motivos de su retención. Paradójicamente, concluye que las otras dos garantías propias de la detención (posibilidad de acogerse al derecho a no declarar y asistencia letrada) no son exigibles a estas retenciones, puesto que «no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos».

Acertadamente destaca Málaga Diéguez (2001: 166) la escasa consistencia del argumento empleado por el TC para justificar la innecesariedad de la asistencia letrada en estos casos, cuando sostiene que la razón de ser de la misma se halla en la «protección del detenido y en la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido», interrogatorios que, como es obvio, no pueden tener cabida en la práctica de las retenciones. Se obvia, sin embargo, que el propio TC³⁴ reconoce que la finalidad de tal asistencia es la de asegurar «que los derechos constitucionales del detenido sean respetados» y que «no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad», finalidad que subsiste con independencia de que se tome o no declaración al detenido.

Como consecuencia de la situación expuesta, el ciudadano policialmente «retenido» no tendría posibilidad alguna de ejercer su derecho de defensa, ni, por supuesto, plantear un procedimiento de *habeas corpus*³⁵, pues, en puridad, no ha sido objeto de detención, sino de retención.

Asimismo, respecto a la ausencia de limitación temporal en la retención prevista en la Ley Orgánica 1/1992 —a diferencia de cuanto sucede con los plazos fijados para la detención cautelar—, tuvimos ocasión de destacar cómo el TC entendió, en la sentencia aludida, que su cumplimiento sí era necesario para entenderla como una diligencia constitucional. Sin embargo, lo cierto es que la Ley Orgánica 1/1992 no contemplaba dicha duración máxima, circunstancia ante la que el TC concluye: «Es también patente que este art. 17.2 (de la CE) expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” (art. 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el legislador».

Entendía el TC, en consecuencia, que también en estos casos tenía que haber una limitación temporal, aunque fuera por aplicación de la regla general del art. 17.2 CE. Pese a ello, no ha sido hasta 2015, como veremos, que dicha limitación se ha previsto legalmente. Ante tal realidad —que llevó a Castillo

³⁴ En la STC 196/1987, de 11 de diciembre,

³⁵ Como el art. 17 CE prevé para el ilegalmente detenido.

Blanco (1993: 450) a concluir que «más vale ser detenido que ser requerido»—, había venido el TS³⁶ insistiendo en la importancia de que esa privación de libertad no se prolongara más allá del tiempo necesario para la práctica de tales diligencias, es decir, que tales privaciones de libertad realizadas por los cuerpos de seguridad sobre aquellas personas sospechosas de ser cómplices, autoras o encubridoras de hechos delictivos únicamente podían mantenerse por el tiempo imprescindible para realizar las gestiones necesarias a los efectos de comprobar la veracidad de tales sospechas.

En la misma STC 341/1993 también se hacía referencia al hecho de que no se exigiera en la Ley Orgánica 1/1992 que se informara al retenido de los motivos de su retención³⁷, aduciendo, a este respecto, que «no cabe derivar de este silencio, sin embargo, una permisón legal —que sería contraria a la Constitución— del requerimiento por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es, más bien, el íntegro contenido de este art. 20 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados».

4.3. La configuración de la retención como un *tertium genus*

De este modo, se crea, con dudoso acierto y objetable técnica, un *tertium genus* entre la detención y la libertad plena, consistente en una verdadera privación de libertad que no tiene encaje en la figura de la detención. Precisamente, ese peculiar carácter origina encendidos debates en torno a esta figura, que cuenta con tantos partidarios como detractores.

Ya desde la Ley Orgánica 1/1992 se alzaban voces partidarias de circunscribir el concepto de retención únicamente a las inmovilizaciones provisionálsimas (Málaga Diéguez, 1993: 144), y de considerar a lo que no tuviera encuadre en ello (entendemos, pues, que también a las identificaciones «con traslado») como una verdadera detención (Queralt Jiménez, 2009: 388).

En su configuración como un *tertium genus*, los detractores de esta figura han creído apreciar la voluntad del legislador de buscar una vía para burlar el control judicial que supondría configurarla como una verdadera detención, habida cuenta de las garantías que conllevaría la eventual apertura de un

³⁶ Ver, por todas, la STS 18 de enero de 1999.

³⁷ A pesar de que, como vimos, también defiende que es una garantía que, necesariamente, ha de cumplirse para entender que la diligencia es constitucional. En la LOPSC de 2015 ya se exige tal ilustración, como veremos.

proceso penal³⁸ en contraste con las que son propias de una mera actuación administrativa (Alonso Rimo, 2014: 16). Precisamente por ello, la LOPSC ha sido, desde el inicio de sus trabajos preparatorios, acusada de dar cabida a la «burorrepresión» o «represión de baja intensidad», al atribuir a la Administración competencias propias del poder judicial y al contemplar medidas que debieran hallar cabida en el Código Penal o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no en una ley integrada en el ordenamiento jurídico administrativo.

Esta situación no ha variado con la LOPSC de 2015, antes al contrario, pues ha consagrado a nivel legal esta diferenciación. Así, el art. 19 del nuevo texto no deja lugar a dudas de que no se trata de una detención cautelar, al disponer que las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad no estarán sujetas a las mismas formalidades que dicha medida cautelar. En consecuencia, afirma, no le son de aplicación —aunque esa aclaración sería innecesaria, al derivarse de la primera exclusión— las garantías que son consideradas fundamentales e irrenunciables y que se detallan en el art. 520 LECrim.

Como es evidente, la retención practicada no podrá ser utilizada más que para la obtención de sus datos personales, no permitiéndose ningún otro tipo de investigación o interrogatorio. Si en la práctica de la identificación se apreciara cualquier indicio de comisión de delito por el retenido, inmediatamente tendría que convertirse en una verdadera detención, asistiendo entonces al detenido todo el elenco de derechos que los arts. 520 a 527 de la LECrim recogen.

Ha de destacarse, en consecuencia, la posibilidad de que aquello que no nace con vocación legal de ser detención policial pueda, por la concurrencia de distintas circunstancias, convertirse en ella. Volveremos sobre esta cuestión en el apartado siguiente del presente estudio.

4.4. *La innecesidad de la «retención con traslado»*

A nuestro juicio, el eje central del debate en torno a esta figura lo constituye el determinar si alguna de las garantías propias de la detención —y que brillan por su ausencia, como vimos, en la retención— supone, en la práctica, un obstáculo para el adecuado desarrollo de la labor policial —lo que

³⁸ Dado el carácter instrumental de la detención, que solo podrá adoptarse en relación a un proceso penal (abierto ya o de inminente apertura), cuyo resultado pretende garantizar.

justificaría, en cierto modo, la previsión de esta atípica figura—, o si, por el contrario, la Policía cuenta —con la regulación, por ejemplo, de la detención policial— con instrumentos y márgenes de actuación lo suficientemente amplios para el cumplimiento de sus deberes, de donde derivaría la innecesariedad de la previsión de la retención con traslado.

Repárese, además, en que si el traslado se debe a la negativa injustificada del ciudadano a atender el requerimiento policial de identificación, podría entenderse cometido un delito de desobediencia al agente de la autoridad (art. 556 del Código Penal)³⁹. Si así fuera, cabría adoptar una medida cautelar de detención, supuesto en el que el recurso a la retención resultaría innecesario. A este respecto, sin embargo, puede aventurarse que, en no pocas ocasiones, a los agentes policiales les interesará más retener que detener, calificando la falta de colaboración del requerido como una mera infracción administrativa. Sin embargo, si, más allá de no prestarse a la identificación, se negara a ser conducido a dependencias policiales para realizar dicha identificación, ¿sería posible hacerlo coactivamente?

Llegados a este punto, la duda la constituye el alcance material que tiene la retención con traslado. En otras palabras, la imposibilidad de proceder a una identificación *in situ*, ¿faculta a los agentes policiales únicamente para «requerir» que el sujeto en cuestión les acompañe a las dependencias policiales más cercanas o, por el contrario, permite la conducción coactiva a dichas dependencias?

Resulta razonable que primero se haya de intentar la vía pacífica de solicitar al sujeto requerido tal acompañamiento. Pero, ante una eventual negativa, ¿cabría hacerlo por la fuerza? A nuestro parecer, ello sería siempre posible en los casos en que la hipótesis *supra* descrita se verificase. Sin embargo, si bien en el caso de la conducción «pacífica» nos encontraríamos ante una verdadera retención con traslado⁴⁰, en los casos en que esa conducción fuera forzosa lo lógico es que hubiese, por parte del requerido, una voluntad firme de oponerse a tal traslado, lo que, a nuestro juicio —y con independencia de que existiera

³⁹ Siempre que se entendiera que la desobediencia fuera grave o se apreciara resistencia, se trataría de un delito menos grave (con una pena de prisión de tres meses a un año, o multa de seis a dieciocho meses), ante cuya comisión cabría adoptar una detención cautelar. No cabría detener, en cambio, ante la comisión de una mera infracción administrativa. La mera negativa a ser identificado constituiría una infracción administrativa.

⁴⁰ Es decir, de una figura a medio camino entre la detención y la plena libertad. Con independencia de ello, como se verá, el TC sostiene que también en estas hipótesis puede hablarse de verdadera privación de libertad.

o no un «forcejeo» o una pugna «física»— debiera entenderse como resistencia por parte del requerido, convirtiendo su conducta en un verdadero delito de desobediencia a la autoridad. Y es, precisamente, en tales casos, donde la innecesariedad (más aún, la inconveniencia) de la retención con traslado se revela de forma más clara, puesto que lo procedente, ante tal conducta, sería practicar una verdadera y propia detención.

Entendemos, pues, que parece evidente que existe una verdadera privación de libertad, y no una simple restricción de la misma, cuando la medida pasa de ser simple control a pura coerción, practicándose en contra la voluntad del requerido. Como consecuencia de ello, la afectación del art. 17 CE resulta indudable.

Concluimos, de tal modo, que para los supuestos de conducción coactiva, lo procedente sería recurrir a la detención preventiva, medida cautelar expresamente regulada en la LECrim y que, como sabemos, lleva aparejada el disfrute por parte del sujeto afectado de un robusto conjunto de derechos y garantías.

Así pues, la retención con traslado únicamente podría resultar útil para los supuestos de imposibilidad⁴¹ de practicar la identificación *in situ*, o bien para aquellos casos en que, existiendo una negativa del sujeto requerido a ser identificado en la vía pública, no la hay respecto a ser conducido⁴² a dependencias policiales para su práctica. En tales casos, si bien el TC llegó a entender en su Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, que esa conducción supone —con independencia de si se ha practicado o no de modo coactivo— una privación de libertad, al no existir voluntariedad, *stricto sensu*, de quien atiende dicho requerimiento, entendemos excesiva su equiparación con la detención cautelar, por lo que el recurso a la retención con traslado encontraría, aquí, su mayor virtualidad práctica.

4.5. La cuestionada constitucionalidad de la «retención con traslado»

El hecho de que no se trate de una verdadera detención plantea problemas, también, en cuanto al fundamento constitucional de la medida.

Así, la propia redacción del art. 17 CE encierra una complejidad añadida. En él, se afirma que nadie podrá ser privado de su libertad «sino con la

⁴¹ Que no negativa/resistencia a su práctica.

⁴² «Conducido», pues es evidente que en estos casos, aunque hubiera una actitud colaboradora del requerido y fuera la imposibilidad de practicar la identificación en la vía pública la que motiva la retención, no se le va a permitir que acuda a las dependencias policiales por sus propios medios...

observancia de lo establecido en este artículo». En este se regulan las detenciones preventivas como hipótesis de privaciones de libertad. Sin embargo, las retenciones, como hemos tenido ocasión de examinar, no suponen verdaderas detenciones preventivas, por lo que no cabría afirmar, *a priori*, que su práctica contara con tal respaldo constitucional. Ante tal circunstancia, el TC, de manera un tanto forzada, afirmó en su Sentencia 341/1993 —en su intento de justificar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992— que el art. 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de «toda» privación de libertad de origen policial, incluso, por tanto, aquellas distintas a la detención preventiva.

5. REFORMA DE 2015: ASPECTOS PRINCIPALES

El art. 16 de la nueva LOPSC viene a sustituir al art. 20 de la LOPCS de 1992. La polémica que ha acompañado a esta ley desde su anuncio justifica la existencia de distintas modificaciones entre el Anteproyecto que se presentó y el texto definitivo. Con la actual redacción, se regula la diligencia de identificación de una forma más precisa y garantista que en el art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992 (Bilbao Ubillos, 2015: 230).

Una de las cuestiones que suscitó mayor polémica fue la de que, en el texto proyectado, se asociara la retención con traslado a la necesidad de actuar así «en el cumplimiento de sus funciones de prevención delictiva y de infracciones administrativas», en vez de a la finalidad de impedir la comisión de un delito, o al objeto de sancionar una infracción, que era la redacción —como vimos— avalada constitucionalmente (STC 341/1993). Justificando la limitación de la libertad personal en atención, únicamente, a la prevención de infracciones —incluso, a la de aquellas que constituyeran meras infracciones administrativas—, se configuraba a dichas diligencias como preventivas y se obviaba que la limitación de libertad que llevan aparejadas puede responder, también, a la función sancionadora de infracciones.

Como bien advertía la STC 341/1993, el canon de proporcionalidad exige que vaya unida esa limitación de libertad a la prevención de un delito (y no, pues, de una infracción administrativa) y/o a la sanción de infracciones (ahora sí, tanto penales como administrativas). Ese canon de proporcionalidad no se respetaba en el art. 16 del Anteproyecto⁴³, al justificar la limitación de libertad de la persona no identificada exclusivamente en la prevención de infracciones, tanto penales como administrativas.

⁴³ Como destacaba el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto.

Esa circunstancia fue denunciada tanto por el Consejo Fiscal⁴⁴ como por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)⁴⁵, en sendos informes elaborados sobre el Anteproyecto. Consideró este último que el Anteproyecto se adscribía al derecho penal de la peligrosidad, según el cual, como axioma principal, la seguridad se erige en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que ha defenderse, por el Estado y los poderes públicos, con todos los medios e instrumentos a su alcance. Precisamente por ello, concluyó, el Anteproyecto intensificaba la acción preventiva, no solo del delito, sino de las infracciones administrativas, a la vez que incrementaba notablemente las infracciones contra la seguridad ciudadana.

Para salvar dicha objeción de fondo, el texto definitivo del art. 16 no aludió ya a la prevención de la comisión de infracciones administrativas como presupuesto habilitante para practicar la retención con traslado, que era lo que se entendía vulnerador del principio de proporcionalidad.

La redacción final del art. 16, en cambio, dispuso ya que la identificación con traslado podrá ser hecha por la Policía «en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva⁴⁶, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas». Además, ello solo podrá tener lugar cuando se den los siguientes supuestos: a) cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción, b) o bien cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

También en la exposición de motivos de la LOPSC 2015 se afirma que la habilitación a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad para la práctica de identificaciones⁴⁷ en la vía pública no se justifica genéricamente —a diferencia de cuanto sucedía en la LO de 1992— en el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad ciudadana, sino que es precisa la existencia de indicios de participación en la comisión de una infracción, o que razonablemente se considere necesario realizar la identificación para prevenir la comisión de un delito.

El texto final, pues, supera importantes objeciones que se le plantearon al Anteproyecto, aunque no de forma plenamente satisfactoria: en el art.16 de la LO 2015 se establece que cabrá practicar la diligencia de identificación (y, al no diferenciarse a este respecto, habría de entenderse que también en este caso cabría posterior traslado a dependencias policiales) cuando existan

⁴⁴ En su informe de 22 de enero de 2014 sobre el Anteproyecto.

⁴⁵ En su informe de 27 de febrero de 2014 sobre el Anteproyecto.

⁴⁶ Y no, pues, para la prevención de infracciones administrativas.

⁴⁷ Se evita el empleo del tan polémico término «retención».

indicios de que se haya podido participar en la comisión de una infracción. Por tanto, también de una infracción administrativa. En consecuencia, también por la presunta participación de alguien en ellas, si seguimos la letra de la ley, podría llevarse a cabo una retención con traslado, a los solo efectos de proceder a su identificación. Teniendo en cuenta que esa retención supone, como reconoce el TC, una verdadera privación de libertad, tal solución no resultaría proporcional ni satisfaría los actuales cánones de constitucionalidad en la materia.

Entre las recomendaciones que realizó el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de 2015, destacaba la conveniencia de que se estableciera un expreso límite horario⁴⁸ a la duración de la retención con traslado, como finalmente se introdujo en la LOPSC. También el CGPJ, en su Informe al Anteproyecto, insistió en esa necesidad de establecer una duración máxima de la medida limitativa de libertad que supone el traslado a las dependencias policiales para la identificación del indocumentado. Dichas sugerencias fueron, felizmente, incorporadas al art. 16 de la LOPSC, que ahora fija un límite temporal infranqueable: nunca podrá aducirse la práctica de esta diligencia de identificación para mantener a una persona más de seis horas en tales dependencias. Si así se hiciera, estaríamos hablando de una verdadera detención, en cuyo caso ya serían aplicables las garantías que la adopción de tal medida cautelar requiere.

Se observan, asimismo, modificaciones sustanciales, en cuanto a la original previsión del texto, por lo que respecta a la posibilidad de que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad pudieran requerir en todo momento la identificación de las personas que llevasen el rostro embozado. Esta última mención fue objeto de numerosas críticas⁴⁹, dando lugar a su supresión en la redacción final del precepto en cuestión.

Lo mismo sucedió con la identificación prevista para ciudadanos extranjeros. En el Anteproyecto se contemplaba que, cuando se tratase de ciudadanos extranjeros, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores (es decir, de lo previsto para la mera identificación y para la identificación que requiere traslado), se debía proceder a comprobar su identidad mediante documento oficial u otro que se considerase válido y suficiente al efecto, siempre y

⁴⁸ Sugirió, en concreto, un límite de seis horas, período de tiempo en el que hoy «habida cuenta de los medios con que se cuenta, se pueden realizar con holgura las operaciones de identificación», señalaba.

⁴⁹ Por su parte, el CGPJ entendió, a este respecto, que se trataba de una mención superflua, toda vez que no podrá practicarse esa identificación por el mero hecho de ir embozado, sino cuando concurra uno de los supuestos previstos en el mismo artículo.

cuando en este último caso se facilitase un domicilio susceptible de ser comprobado en el momento de la identificación. De constatarse por los agentes de la autoridad su estancia irregular en España, se preveía la comunicación de tal circunstancia a la autoridad gubernativa competente, al objeto de dar cumplimiento, en su caso, a lo dispuesto en la legislación vigente reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de infracciones de extranjería. Ha sido también eliminada tal previsión, puesto que, si el ciudadano está correctamente identificado, no pueden practicarse estas diligencias por el mero hecho de encontrarse en situación de estancia irregular.

Por otro lado, el CGPJ destacó en su informe la importancia de indicar no solo la duración máxima de la retención, sino también el expreso deber de los agentes requirentes de informar cumplidamente a la persona sobre las causas y finalidad de su intervención, así como de su justificación legal⁵⁰. Esa recomendación fue también acogida en el texto definitivo, que ahora prevé que la persona a la que se solicite que se identifique sea informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

En el apartado segundo del referido art. 16 LOPSC se regula la conducción a dependencias policiales con carácter subsidiario, pues solo si se produce negativa a la identificación, o si esta no pudiera realizarse *in situ* por cualquier medio, incluida la vía telefónica o telemática, podrá requerirse a la persona para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales más próximas en las que pueda efectuarse dicha identificación, informándole de modo inmediato y comprensible de los fines de la solicitud de identificación y, en su caso, de las razones del requerimiento.

Por lo que se refiere a los supuestos en que, en efecto, se lleve a cabo dicho traslado a tales dependencias, el apdo. tercero del art. 16 de la LOPSC 4/2015 exige la llevanza en estas de un libro-registro⁵¹, en el que solo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias

⁵⁰ En cumplimiento, asimismo, del art. 5.2.b) de la LOFCS, 2/1986, de 13 de marzo.

⁵¹ Como ya se exigía en el art. 20 de la anterior Ley Orgánica 1/1992 de Protección de Seguridad Ciudadana, por otra parte. En él constarán los datos de las personas conducidas a la dependencia policial para su mera identificación, a diferencia de lo que sucede respecto al «libro de registro y custodia de detenidos». Respecto a la exigencia de dicho libro-registro en la Ley Orgánica 1/1992, De Llera Suárez-Barcelona (1993: 119) entendía que hubiera sido preferible su sustitución por la confección de un acta que se remitiera al MF, al juez de instrucción, o a ambos.

y duración de las mismas, y solo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal⁵². El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente (el texto derogado solo refería que esa remisión se haría «periódicamente», sin establecer cuáles serían esos períodos) al MF extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años. La mención a la cancelación de los asientos constituye una novedad respecto al texto anterior, que no la contemplaba.

Como garantía adicional, que no se preveía en la Ley Orgánica derogada, se contempla —en el apartado cuarto del art. 16— la obligación de expedir a las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes⁵³.

Otra novedad⁵⁴ la constituye el hecho de que en la vigente regulación se indiquen los principios que han de respetarse en la práctica de la identificación los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad⁵⁵, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

V. CONCLUSIONES

En atención a todo lo expuesto, podemos concluir lo siguiente: en primer lugar, las actuaciones correspondientes a las retenciones simples no comportan problemas en su aplicación, al suponer meras restricciones, que no privaciones, de libertad. No sucede igual con la práctica de la comúnmente conocida como «retención policial con fines de identificación», o «identificación/retención con traslado», que es el objeto principal de estudio en el presente trabajo.

En segundo término, la LOPSC de 2015 ha supuesto la previsión expresa de los casos en que cabe la práctica de la retención con traslado a dependencias policiales, así como el establecimiento de un plazo máximo de seis horas de duración de la misma, la necesidad de informar al retenido, de forma inmediata

⁵² En lo sucesivo, MF.

⁵³ Haciéndose eco así de lo sugerido por el Consejo de Estado en su dictamen.

⁵⁴ Alabada por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto.

⁵⁵ La mención a la «nacionalidad» como causa de no discriminación fue sugerencia del CGPJ, en cumplimiento de lo apuntado en la comunicación de la Defensora del Pueblo sobre los controles de identificación, de 31 de enero de 2012.

y comprensible, de las razones de dicha actuación, la remisión mensual del libro-registro de identificaciones al MF y al juez y, por último, la obligación de expedir volante acreditativo del tiempo transcurrido en dependencias policiales y de la identidad de los agentes actuantes.

Parece evidente, en consecuencia, que en el nuevo texto se refuerzan —a través de estas novedosas previsiones— las garantías de los ciudadanos frente a eventuales prácticas abusivas de estas diligencias de identificación, aunque para ello haya habido que introducir sustanciales cambios en el texto proyectado, al que se le achacaba ser aún más restrictivo que la norma entonces vigente y no haber tenido en cuenta las previsiones que realizó el TC en la célebre STC 341/1993.

Es necesario destacar, sin embargo, que la situación descrita dista mucho de ser plenamente satisfactoria. Lejos de abandonar la tesis que concibe a la retención como figura distinta de la detención, en la nueva LOPSC se vuelve a insistir en dicha diferenciación, concluyendo, así, que los requisitos y formalidades que son predicables de esta no son exigibles a aquella. No en vano, el art. 19 del nuevo texto dispone que las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

Sin embargo, si bien en la LOPSC sí se exige expresamente, como se vio, que el requerido a acompañar a los agentes sea informado de las razones de dicho requerimiento —que era una de las exigencias de las que la STC 341/1993 hacía depender la constitucionalidad de tal diligencia—, no se hace lo propio con el derecho a la asistencia letrada. En consecuencia, quien sea requerido para desplazarse a dependencias policiales a los solos efectos de lograr su identificación —es decir, siempre que dicha retención no responda más que a la finalidad de obtener datos personales y no se convierta, por tanto, en un verdadero interrogatorio— no podrá exigir en ese momento la asistencia de abogado.

Como en tantas ocasiones en materia procesal penal, nos encontramos ante un compromiso del derecho fundamental a la libertad⁵⁶ que responde a consideraciones de seguridad. Se hace por ello necesario encontrar el deseado equilibrio entre ambos valores fundamentales, máxime teniendo en cuenta que, al carecer de las garantías de la detención, la retención se ubica en un lugar indeterminado⁵⁷.

⁵⁶ Recordemos que el TC, zanjando toda polémica al respecto, la calificó como verdadero acto de privación de libertad.

⁵⁷ Como destaca Castillo Blanco (1993: 435), «la seguridad ciudadana no debe ni puede ser un pretexto para situar el listón de derechos fundamentales, tan significativos como la libertad y la inviolabilidad domiciliaria, a niveles preconstitucionales».

Con independencia de que asimilar, a todos los efectos, la retención policial a la medida cautelar de detención permitiría evitar las indeseables consecuencias de su consideración como un *tertium genus*, debe igualmente plantearse si, en sí misma, la previsión legal de esta retención con traslado resulta necesaria. A este respecto, ha de destacarse que la mera existencia de sospechas acerca de la comisión de delitos justifica, en nuestro sistema, la práctica de la medida cautelar de la detención policial. Teniendo presente que, en ningún caso, estas detenciones pueden ser arbitrarias⁵⁸ ni —en cumplimiento del principio de especialidad— prospectivas⁵⁹, podríamos concluir que la previsión de la retención resultaría, por superflua, innecesaria.

Resulta evidente que el hecho de que determinadas garantías —que han de acompañar a toda privación de libertad, por el mero hecho de serlo— puedan entorpecer el desarrollo de una investigación policial, no puede servir de justificación para su disminución y/o supresión⁶⁰ pues, como con acierto advirtiera Queralt (1987: 529), el aseguramiento de las libertades no debe ser tan grande que se quede sin objeto, esto es, sin libertades que asegurar.

Bibliografía

- Alonso Rimo, A. (2014). El nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación. *Revista General de Derecho Penal*, 21, 1-17.
- Banacloche Palao, J. (1996). *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid: McGraw-Hill.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2015). La llamada «ley Mordaza»: la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 217-260.
- Castillo Blanco, F. A. (1993). La Ley de Seguridad Ciudadana: reflexiones sobre algunos puntos controvertidos. *Revista de Administración Pública*, 130, 423-466.
- De Llera Suárez-Bárcena, E. (1993). La Policía Judicial y la seguridad ciudadana. *Poder Judicial*, 31, 107-122.
- Fairén Guillén, V. (1992). La identificación de personas desconocidas: examen del art. 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana. *Justicia*, 3, 519-536.

⁵⁸ So pena de incurrirse en un delito de detención ilegal.

⁵⁹ Esto es, habrán de basarse, en todo caso, en la existencia de un indicio real, con independencia de que, posteriormente, la investigación policial revele lo infundado de tales sospechas. Véase Ramos Méndez (1987: 527).

⁶⁰ Del mismo modo que, en un claro paralelismo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones dificultan la investigación policial y, no por ello, en cambio, se plantea su supresión.

- Lascuraín Sánchez, J. A. (2009). Artículo 17. El derecho a la libertad. En M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española* (pp. 366-377). Madrid: Wolters Kluwer.
- López Ortega, J. J. (1992). La detención del indocumentado. *Poder Judicial*, 26, 153-160.
- Magro Servet, V. (2010). La difícil frontera de la retención policial. *La Ley Penal*, 74, 6.
- Málaga Diéguez, F. (2001). Detención y retención. *Justicia*, 2, 143-170.
- Pedraz Penalva, E. (1992). Detención de incomunicados. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2 (44), 2.
- Portilla Contreras, G. (1993). Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana. En J. Barcelona Llop, G. Portilla Contreras y J. Fernández Entralgo. *Seguridad ciudadana* (pp. 79-116). Madrid: Trotta.
- Queralt Jiménez, J. J. (1987). Una buena pregunta: la retención, ¿para qué? *Justicia*, 3, 528-530.
- (2009). Artículo 17.2. La detención preventiva. En M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.). *Comentarios a la Constitución española* (pp. 378-389). Madrid: Wolters Kluwer.
- Ramos Méndez, F. (1987). Los grandes inventos del TBO: la retención policial. *Justicia*, 3, 519-527.