

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte)

Alexander Espinoza Rausseo *

1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula la actuación de los órganos de policía en Venezuela, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;
- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- N° 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 132¹

- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, contenida en el:

Informe sobre medidas de intervención policial. Proyecto de reforma de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica. Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 235²

2 La facultad de determinar la identificación

2.1 La determinación de la identidad en Alemania

Ejercicio: Fuera los invasores. Nosotros no pagamos por su guerra

El demandante arribó en compañía de varios camaradas a la estación de trenes, con el objeto de participar en una manifestación. En el camino encontraron un punto de con-

* Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

¹ <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf>

² <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf>

trol policial, en el cual se les participó que quienes deseen participar en la manifestación debían someterse al control de identidad y a una inspección personal. A pesar de que el demandante no había incurrido en una conducta que justificara la medida, presentó su documento de identidad y permitió la revisión externa de su ropa y bolsillos, en los cuales no se encontró objeto alguno irregular. El demandante y sus acompañantes llegaron tardíamente a la reunión debido a los minutos de duración del control y a que debieron esperar a ser acompañados hasta el lugar del evento.³

Ejercicio: Autobuses de Berlín hacia Gorleben

El 10 de noviembre de 2001 tuvo lugar una manifestación en contra de transporte Castor hacia Gorleben. La policía disponía de información relativa al traslado de manifestantes en autobús, pertenecientes a un grupo denominado AAP, calificados como violentos por los órganos competentes. A las 8:35 am fueron detenidos 2 autobuses y desviados a un estacionamiento, en el cual se encontraban funcionarios de varios cuerpos de policía.

Inicialmente, los funcionarios ingresaron en el autobús y realizaron registros en video con cámaras digitales. Luego fueron desalojados los pasajeros y se realizaron inspecciones corporales. Finalmente se registraron sus datos personales y se elaboraron informes. Los datos recopilados no confirmaron las sospechas de manifestantes con antecedentes violentos.

Posteriormente se realizaron nuevamente las inspecciones y el registro de datos. Los pasajeros fueron trasladados al departamento de ingreso de detenidos. En ese lugar se realizó la inspección del equipaje; se tomaron registros fotográficos y se introdujeron los datos al sistema. Alrededor de las 6:00pm, fue liberado el demandante de la detención. Para ese momento ya había terminado la manifestación.⁴

La determinación de la identidad consiste en el requerimiento de los datos personales de identificación al ciudadano, con el objeto de establecer su identidad. Para ello, la policía puede asumir las medidas que resulten necesarias. Los medios aplicables son el requerimiento a que la persona se detenga y muestre los documentos de identificación que lleve consigo. En caso de ser necesario, el afectado puede ser objeto de una inspección. Como *ultima ratio*, pueden ser realizadas medidas de reconocimiento.⁵

³ VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372

⁴ VG Lüneburg · Urteil vom 30. März 2004 · Az. 3 A 116/02

⁵ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 264

En cuanto a las condiciones para su procedencia se distinguen cuatro grupos de casos: 1) la prevención de un peligro concreto; 2) la permanencia en un lugar peligroso, 3) la permanencia cerca de un objeto que requiere protección; 4) la prevención frente a hechos punibles. Mientras que en el primero de los casos mencionados se requieren las condiciones generalmente exigibles de la intervención policial, los siguientes casos admiten presupuestos menos estrictos. Ello es constitucionalmente admisible, debido a que se trata de una medida que limita en forma leve el derecho a la autodeterminación de los datos. De tal forma, la medida puede estar dirigida en contra de un tercero no responsable del peligro, que se encuentre en uno de los lugares indicados. También sería suficiente un peligro abstracto de que se produzca la perturbación, aún cuando el mismo debe basarse en elementos fácticos.⁶

En la medida en que sólo se afecte en forma leve la libertad del individuo, la orden dirigida a que la persona se detenga para establecer su identidad, al igual que otras medidas de similar naturaleza, tales como la orden de abandonar determinado lugar público, o la inspección de personas o cosas, constituiría sólo una limitación y no una privación de la libertad personal. La medida no requeriría, en principio, de una orden judicial.⁷

Los controles policiales son realizados mediante barreras, en las que se requiere a las personas detenerse, para revisar su identidad e inspeccionar las cosas que llevan consigo. Las medidas de inspección se sujetan a condiciones similares a las medidas de identificación. Tales medidas son de gran importancia, especialmente en la etapa previa a la realización de grandes

⁶ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 265

⁷ Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, pág. 651

manifestaciones públicas, en las cuales se plantea la posibilidad de desórdenes.⁸

El derecho de reunión no debe ser afectado en forma injustificada mediante controles policiales. Las medidas preparatorias de una reunión, tales como el traslado de los participantes y el acceso al lugar de reunión, también se encuentran comprendidas en su ámbito de protección. En caso contrario, existiría el peligro de dejar sin contenido el derecho fundamental. En la aplicación de las facultades policiales debe tomarse en consideración el efecto irradiante del derecho fundamental a la libertad de reunión. Tal efecto irradiante no se limita al control y aplicación del principio de proporcionalidad, sino que debe ser tomado en consideración en la interpretación y aplicación de los conceptos contenidos en la norma relativa a los presupuestos para la intervención, y con ello, en cuanto a los presupuestos del pronóstico del peligro. Por ello se requieren de elementos suficientemente concretos y demostrables, en el sentido que existe la amenaza de la comisión de hechos punibles y contravenciones por parte de los participantes y no sólo por parte de los contra-manifestantes.⁹

La colocación de un puesto de control policial en las vías de acceso a la reunión sería contraria al derecho de reunión, en la medida en que dificulte en forma irrazonable el acceso a la reunión o cuando por otro motivo deba ser considerada una reacción excesiva y desproporcionada. El control de identidad puede ser admisible si no impide el acceso a la reunión, incluso cuando produzca un retardo en el tiempo de acceso. Un retardo de hasta 75

⁸ VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 36

⁹ VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 37

minutos en el caso de una manifestación multitudinaria es considerado razonable. En tales casos puede tomarse en consideración que los manifestantes tienen conocimiento de la posible realización de controles policiales y habrían podido asumir las previsiones necesarias.¹⁰

Esquema del Ejercicio: Fuera los invasores. Nosotros no pagamos por su guerra

En la medida en que la legislación especial sobre reuniones no contiene una regulación acerca de las medidas policiales de control previas a una reunión pública, es posible aplicar las normas del derecho general de policía. El pronóstico del peligro fue conforme a los requisitos establecidos constitucionalmente. Los presupuestos de la medida deben ser interpretados conforme al efecto irradiante del derecho de reunión. En el caso concreto la policía disponía de elementos suficientes que hacían presumir que entre los participantes de la reunión se encontraban personas violentas y que eran de esperarse desórdenes y tumultos.

El tribunal estableció que las condiciones de realización de las medidas policiales sobre el recurrente eran razonables. El retardo producido, alrededor de media hora, se produjo sobre todo por la espera a que se formara un grupo para ser escoltado por la policía al lugar de reunión, para evitar confrontaciones con los contra-manifestantes. La revisión de la identidad y la inspección se produjo en forma diligente. Tampoco fue irregular la forma como se reunieron todos los documentos para comparar los datos con las bases de datos de la policía y su posterior devolución a las personas objeto de control.

Esquema del Ejercicio: Autobuses de Berlín hacia Gorleben

Hemos visto que las medidas de control policial que afectan el traslado o el acceso a una reunión pueden afectar la libertad de reunión y deben ser analizados en base a tal derecho. Las normas que establecen tales limitaciones deben ser interpretadas a la luz del mencionado derecho fundamental.

Las primeras medidas policiales que obligaron al vehículo a detenerse, el registro en video, la identificación de los pasajeros y la inspección personal se encontraban justificados por el peligro grave a la seguridad pública, basado en elementos concretos que afirmaban el traslado de personas violentas hacia la manifestación. Sin embargo, el resultado de tales medidas no confirmó los indicios existentes, por lo que las medidas subsiguientes, especialmente la detención durante varias horas, que impidió la participación en la manifestación, constituyen una infracción del derecho de reunión.¹¹

¹⁰ VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 53

¹¹ VG Lüneburg · Urteil vom 30. März 2004 · Az. 3 A 116/02, párr. 60

2.1.1 Las medidas de reconocimiento policial

Las medidas de reconocimiento policial consisten en la constatación de características físicas individuales que hagan posible reconocer a la persona en base a elementos externos. Formas típicas de medidas de reconocimiento son las huellas dactilares, las fotografías, la fijación de características físicas y mediciones. Tales medidas se encontrarían justificadas en los casos indicados con respecto a la determinación de la identidad, cuando la misma no pueda ser realizada o sólo resulte posible bajo considerables dificultades.¹² En primer lugar, debe admitirse la información verbal de los datos personales, sobre todo cuando, no existe un deber general de portar determinado documento de identidad¹³.

2.1.1.1 *Las medidas de investigación en el proceso penal*

A los fines de la persecución penal es suficiente cuando los datos personales disponibles permiten ubicar al acusado en forma segura y sin excesivas dificultades. La identidad se determina en principio a través de los documentos de identificación, pero la determinación puede ser realizada sin tales documentos, cuando el sujeto puede ser identificado de forma confiable y completa por otras personas.¹⁴

El párrafo 163 del Código Procesal Penal (StPO) dispone que la detención de una persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, cuya identidad no hubiera sido posible determinar o hubiera presentado dificultades, no puede ser retenida por un tiempo superior al estrictamente necesario.

¹² Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 269

¹³ Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pag. 3

¹⁴ OLG Hamm· Beschluss vom 7. Mai 2009 · Az. 3 Ss 180/09, párr. 15

La persona detenida en tales circunstancias debe ser presentada al Juez, sin demora, con el objeto de que éste decida acerca de la admisibilidad y continuación de la medida. La presentación ante el juez no es necesaria, en los casos en que tal presentación requiera de mayor tiempo que el estrictamente necesario para la identificación. La privación de libertad con fines de determinación de la identidad no puede superar una duración de 12 horas.

El §111 del Código Procesal Penal de Alemania establece limitaciones importantes para la utilización de la medida de establecimiento de puntos de control, en plazas y vías públicas, entre otros lugares de libre acceso. Dicha norma requiere la existencia de hechos que justifiquen la presunción, de que tales medidas serían idóneas para la aprehensión del autor de delitos graves, tales como la formación de grupos terroristas (§ 129b StGB) o el robo con arma de fuego (§ 250 aparte 1 Nr. 1 StGB) o el aseguramiento de pruebas que pueden llevar al esclarecimiento de tales hechos. La decisión es asumida por el juez, o en casos urgentes, por el Ministerio Público.

2.2 La determinación de la identidad en España

2.2.1 La acción de identificación personal

La identificación de personas constituye una medida policial-tipo, que comprende varias acciones, tales como la identificación individualizada, la razia o identificación colectiva y el acompañamiento a dependencias policiales con fines de identificación.¹⁵ En criterio de *Parejo*, la norma constituye una limitación del derecho a la libertad y seguridad en general y, en concreto a

¹⁵ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 154

la de movimiento y circulación, toda vez que obliga a la persona a detenerse, momentáneamente y mientras dure el acto de identificación (inmovilización transitoria),¹⁶ así como al espacio físico de preservación de su intimidad.¹⁷ Se trataría, en todo caso de una restricción a la libertad de menor entidad y alcance.¹⁸

El artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015 establece los supuestos en que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas, señalando al respecto, los siguientes: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

2.2.2 Las comprobaciones necesarias

El artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015 faculta a la realización de las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuese preciso a los efectos indicados. En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identi-

¹⁶ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

¹⁷ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 155

¹⁸ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

dad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Se trata de un acto administrativo notificado verbalmente, que goza de presunción de validez y es eficaz desde que se notifica, por lo que impone al destinatario la obligación de acreditar su identificación. La negativa constituye una infracción administrativa leve.¹⁹

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La diligencia por la que los acusados -ya detenidos- fueron obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirviera de base para la ulterior confección de un dictamen pericial, puede incluso considerarse algo más que una diligencia de identificación. Así se desprende con claridad del razonamiento de la Audiencia Nacional cuando explica en qué consistieron realmente las tomas fotográficas: "... la actividad indagatoria de reportaje fisonómico, como se denominaba por los investigadores y por el juez, significaba una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, a la búsqueda y localización de señas sobre la piel y acerca de la fisonomía del sujeto: rasgos -forma del cabello-, marcas -lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, también podría pensarse en marcas de nacimiento o manchas-y detalles di-

¹⁹ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

versos de su constitución. [...] Se procedió, como ponen de manifiesto los informes periciales, a un estudio detenido de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas. En algunos casos se les obligó a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas.

La naturaleza real de las actuaciones policiales de referencia en el párrafo anterior, halla la mayor analogía entre aquellas y la formación del cuerpo de escritura propia de la pericia dactiloscópica; pues lo requerido, en algunos casos, incluso impuesto contra su voluntad manifestada, exigió la colaboración activa de los implicados, consistente en la ejecución de algunos actos o la adopción de ciertas actitudes, en la indagación que negativamente los concernía. Pues bien, la Audiencia Nacional se pregunta con razonable fundamento si su ejecución requería o no autorización judicial. Y la respuesta es, al fin, negativa, en atención a la menor entidad de la injerencia. Ahora bien, con la precisión de que, dado el régimen de privación de libertad de los imputados, sí era exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECrim para "todo reconocimiento de identidad". Y, en efecto, tal era el caso, porque aun estando la identidad personal de aquellos, en sí misma, fuera de duda, se trataba de verificar si era también la correspondiente en los distintos supuestos a los sujetos captados en las imágenes dubitadas. Una comprobación que, por lo demás, no importa insistir, tendría que lle-

varse a cabo a través de la clase de examen de rasgos y particularidades de los sujetos, de la que ya se ha dejado constancia.²⁰

2.3 La determinación de la identidad en Venezuela

La facultad del funcionario de policía de requerir la información relativa a la identificación podría ser considerada ajustada a derecho, en la medida en que derive de una disposición legal expresa y sea conforme al principio de proporcionalidad. El análisis de constitucionalidad exige, en primer lugar que se establezcan, cuáles son los bienes jurídicos en conflicto, para luego establecer, si la medida que limita la libertad de una persona requiere de una habilitación legal expresa, y si es idónea, necesaria y proporcional, para garantizar la protección de los bienes jurídicos que la justifican.

El ejercicio de una facultad de tal naturaleza afecta en primer término el derecho a la autodeterminación de los datos, que a su vez deriva de los derechos de personalidad, garantizados en el artículo 60 de la Constitución (vida privada, intimidad, confidencialidad). Para el requerimiento de la identificación de una persona, no constituye justificación suficiente un interés general de que los órganos del Poder Público dispongan de tal información sobre las personas. Más bien, deben precisarse los motivos concretos de tal procedimiento, de acuerdo con la finalidad de la norma habilitante. Como veremos, diversas normas admiten tal facultad con el objeto de garantizar el control de extranjeros, el orden en el tránsito de vehículos, o el resultado de una averiguación penal.

²⁰ STS 812/2015 de 17 de marzo Fj 3B

No existe en Venezuela una facultad general expresa de los cuerpos de policía, de requerir la identificación de las personas, salvo en el caso del conductor de un vehículo o de los extranjeros en el territorio de la Nación. En efecto, el artículo 33 de la Ley del Servicio Nacional de Seguridad de 1938,²¹ derogada,²² disponía que, los infractores de la obligación de presentación de la Cédula personal, serían penados con multa desde cincuenta hasta doscientos bolívares, o arresto proporcional. Actualmente no constituye delito ni falta la omisión de llevar consigo la cédula de identidad.²³ Tampoco existe disposición legal expresa que establezca tal obligación.

El artículo 485 del Código Penal dispone que, el que, interrogado por un funcionario público en ejercicio de su ministerio, rehúse dar su nombre y apellido, su estado o profesión el lugar del nacimiento o domicilio o cualquiera otra cualidad personal, será penado con multa de diez unidades tributarias (10 U.T.) a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.). Si fueren mentirosas las indicaciones dadas, la multa puede ser de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.). Se trata de una norma sancionatoria, de la cual no se desprende una habilitación para el ejercicio de una facultad. La norma supone una remisión implícita a una disposición especial que establezca tales competencias.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley Orgánica de Identificación,²⁴ la Cédula de Identidad constituye el documento principal de identificación, pa-

²¹ Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela de 4 de agosto de 1938 Número 19.637

²² A más tardar por la Ley Orgánica de Identificación, Gaceta Oficial N° 29.998 del 4 de enero de 1973

²³ La legislación penal se considera reservada en Venezuela al Poder Legislativo Nacional. Ver referencias en Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 267

²⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.458 de fecha 14 de Junio del 2006

ra los actos civiles, mercantiles, administrativos, judiciales y para todos aquellos casos en los cuales su presentación sea exigida por la ley. Por interpretación en contrario, la identidad de una persona puede ser demostrada por otros medios. Pero además debe advertirse que la norma citada no crea por sí misma la obligación de presentar el documento, sino que hace una remisión genérica a una ley expresa. A diferencia de la cédula de identidad, existe un deber general del conductor de un vehículo de portar la licencia de conducir, vigente y el Certificado Médico de Salud Integral vigente.²⁵ El artículo 71 de la Ley de Transporte Terrestre establece la sanción de multa por no portar los documentos indicados, pero no establece las condiciones en las cuales pueden ser requeridos tales documentos.²⁶

Una situación similar se plantea en el caso de los extranjeros que ingresen y permanezcan en el territorio nacional. El numeral 2 del artículo 14 de la Ley de Migración y Extranjería establece el deber de los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, de presentar ante las autoridades los documentos que los identifiquen, cuando le sean requeridos. Dichos documentos, no podrán ser retenidos por las autoridades. Algunas disposiciones legales habilitan a los funcionarios de policía a establecer la identificación de las personas:

²⁵ Artículo 63 de la Ley de Transporte Terrestre. Gaceta Oficial Nro. 38.985 de 01 de agosto 2008: „Para conducir un vehículo, la persona debe obtener y portar la licencia o título profesional de conducir, vigente, del grado o categoría que corresponda al tipo de vehículo a motor respectivo, expedida por el Instituto Nacional de Transporte Terrestre y el Certificado Médico de Salud Integral vigente...

²⁶ Artículo 171. Serán sancionadas con multas de tres Unidades Tributarias (3 U.T.), sin perjuicio de las sanciones establecidas en esta y otras leyes, quienes incurran en las siguientes infracciones:

1. Conducir vehículos con licencia o título profesional vencido, o no portarlo al serle requerido por la autoridad competente.
2. Conducir vehículos con el Certificado Médico de Salud Integral vencido, o no portarlo al serle requerido por la autoridad competente.

- Los artículos 19 y 28 de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas²⁷ facultan al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para garantizar la identificación de las personas, „*que pudieran brindar información que contribuya con la investigación.*“
- El artículo 558 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,²⁸ faculta al Juez de Control, en el curso de una investigación, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, para acordar la detención preventiva del adolescente hasta por noventa y seis horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado o se haga necesaria la confrontación de la identidad aportada, habiendo duda fundada. Esta medida sólo será acordada si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Si se lograre antes la identificación plena se hará cesar la detención.
- - El artículo 68 de la Ley de Policía Regional del Estado Zulia dispone que, durante los operativos especiales, los Oficiales Policiales podrán arrestar a un ciudadano, cuando se negare a identificarse o a que se practique la requisa correspondiente, o cuando no portare documentos de identidad.

Como resultado parcial, podemos señalar que la facultad general de requerimiento de la identidad de una persona no deriva de una disposición legal expresa, salvo en el caso de la licencia de conducir y la identificación de extranjeros.

En términos similares al artículo 55 de la Constitución, la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía establece en su artículo 3° el propósito del Servicio de Policía, en el sentido de „*proteger y garantizar los derechos de las personas frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física de las personas, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social,*

²⁷ Gaceta Oficial N° 5.551 de fecha 09 de noviembre de 2001

²⁸ Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998

la convivencia y el cumplimiento de la ley.“ Con ello se reitera el deber de protección del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana, de determinados bienes jurídicos.

Para lograr tal objetivo, podría admitirse, a falta de una habilitación legal expresa, para el cumplimiento de terminadas medidas de intervención en la esfera de libertad de las personas, la existencia de una habilitación general, para el ejercicio de ciertos actos que resulten indispensables para la protección de personas y bienes. De tal forma, la facultad de requerimiento de la identidad de una persona puede encontrarse legitimada por la necesidad de proteger los derechos y los bienes de las personas, frente a un peligro determinado. Sin embargo, tal habilitación genérica podría ser contraria al principio de determinabilidad de la ley, por lo que coincidimos con lo expuesto por *Peña Solís*, acerca de la necesidad de una ley que regule la materia de seguridad ciudadana.²⁹

La justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto. El sub-principio de idoneidad constituye un mecanismo destinado a detectar y excluir medios que no son eficaces para brindar protección al bien jurídico que sirve de justificación a la limitación. Un ejercicio indiscriminado del requerimiento de la identidad no puede considerarse útil para la protección de algún bien jurídico, sino que es preciso que se demuestre algún elemento que vincule al acto, con la finalidad de la norma. La idoneidad de la medida podría ser afirmada, siempre que el funcionario establezca razonablemente la existencia de un *motivo su-*

²⁹ Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág. 151

ficiente para presumir que se encuentran en peligro alguno de los mencionados bienes jurídicos, tal como presuponen los arts. 191; 192 y 193 COPP-2012, en materia de inspecciones. Ejemplo de ello es el deber de los extranjeros y extranjeras de presentar en el terminal de entrada, el respectivo pasaporte debidamente visado o con un documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República.³⁰

2.3.1 La retención para establecer la identificación

La facultad del funcionario de policía de ordenar a una persona, trasladarse de inmediato al comando de policía, con amenaza de ejecución coactiva, podría ser considerada ajustada a derecho, en la medida en que derive de una disposición legal expresa y sea conforme al principio de proporcionalidad. Por lo que atañe al principio de reserva legal, esto es, al requisito de una disposición legal expresa, no encontramos en el ordenamiento jurídico venezolano disposiciones que permitan la retención de una persona para establecer la identificación, con excepción del artículo 558 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,³¹ el cual faculta al Juez de Control, en el curso de una investigación, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, para acordar la detención preventiva del adolescente hasta por noventa y seis horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado o se haga necesaria la confrontación de la identidad aportada, habiendo duda fundada. Esta medida sólo será acordada

³⁰ Artículo 10 de la Ley de Migración y Extranjería

³¹ G.O. N° 5. 266 E. de fecha 2 de octubre de 1998

si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Si se lograre antes la identificación plena se hará cesar la detención.

No compartimos el criterio expuesto en el Manual sobre Procedimientos Policiales del Consejo General de Policía, el cual dispone la actuación del funcionario ante la negativa de un ciudadano a identificarse. Según tales normas, el funcionario debe detener al ciudadano y trasladarlo a la orden del Jefe de los Servicios de la sede policial para ser puesto a la orden del organismo competente, y verificarlo a través del Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas.³² La norma citada desconoce los supuestos para la actuación de la policía preventiva, al efecto, la existencia de situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física de las personas, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social, la convivencia y el cumplimiento de la ley.

Por lo que atañe a la proporcionalidad de la medida, no resulta claro si la retención de una persona para establecer la identificación constituye o no una privación de la libertad personal o si debe ser calificada como una *simple* limitación de tal derecho o de otro derecho de libertad, como la libertad de tránsito. Si empleamos el concepto material de privación de libertad, sería preciso que la reclusión exceda un nivel mínimo de intensidad. Una retención de una o dos horas, estrictamente necesarias para lograr la identificación, constituiría una limitación, pero no una privación de libertad.

³² Consejo General de Policía, Manual sobre procedimientos policiales, pág. 75

2.3.2 La aprehensión policial, sin orden judicial

Algunas leyes de policía de los Estados, tales como el artículo 251 del Código de Policía del Estado Trujillo facultan expresamente a la autoridad policial para la aprehensión de individuos sobre quienes recaigan sospechas fundadas de que han cometido algún delito. La Sala Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que tales normas son contrarias al derecho a la libertad personal en los términos en que lo garantizó el artículo 44, cardinal 1, constitucional, así como al derecho fundamental a la presunción de inocencia que recogió el artículo 49, cardinal 2, de la Constitución.³³ La posibilidad de admitir excepcionalmente la justificación de una detención policial, sin orden judicial, debe ser rechazada, sobre todo porque el Código Orgánico Procesal Penal ha regulado la actuación del Estado en tales situaciones.

En efecto, el artículo 236 in fine COPP-2012, dispone que en casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, siempre que se acredite la existencia del hecho punible; de fundados elementos de culpabilidad; una presunción razonable, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación, el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado o investigada. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, la facultad de los funcionarios de los cuerpos de policía de realizar detenciones, más allá de lo estrictamente

³³ SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. N° 04-2850

necesario para realizar la identificación del sujeto, queda reducida a los casos de flagrancia, tal como lo dispone el artículo 44, aparte 1 de la Constitución. Sin embargo cabría preguntarse si tal facultad supone al mismo tiempo el deber estrictamente reglado de detener a la persona siempre que hubiera sido sorprendida in fraganti, o si puede ejercer cierto ámbito de evaluación. Al respecto, estimamos errónea la afirmación de la Sala Constitucional, según la cual, de acuerdo con el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, la aprehensión en flagrancia “*no es una potestad sino un deber*” para quien ejerza funciones de autoridad.³⁴

En este último sentido, el principio de prohibición de exceso exige que ante la posibilidad de escoger entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse aquél que cause menor perjuicio al interés en conflicto.³⁵ De allí que el funcionario de policía sólo debe realizar la detención cuando los fines perseguidos por la norma no pudieran ser alcanzados por un medio menos gravoso. Los funcionarios de policía pueden hacer uso de los mismos criterios establecidos para la medida preventiva de privación de libertad, referidos al peligro de fuga, el peligro de obstaculización y el peligro de repetición, cuyo desarrollo será analizado en detalle más adelante.

Sobre todo, debe señalarse que en casos en que pueda excluirse el peligro de fuga, en virtud de que la identidad del sujeto hubiera sido establecida, y no concurren otras circunstancias que justifiquen la detención, tales como, la posibilidad de continuación o repetición del hecho, o la obstaculización de la investigación, el funcionario de policía debería resolver dejar en libertad

³⁴ SCON-TSJ 18/09/2009 Exp. 08-1111

³⁵ Espinoza, Principios de Derecho Constitucional pág. 100

al autor del hecho. En tal sentido, el principio de juzgamiento en libertad también es de aplicación directa por los funcionarios de policía.

2.3.2.1 *La Reserva Judicial*

El artículo 44, I de la Constitución establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas. El fundamento de ello estriba en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal).³⁶

La detención preventiva sería contraria a la Constitución cuando el receptor de la denuncia es un Juez de Paz, el cual ejerce función jurisdiccional pero no es un órgano judicial, y de allí que no cumpliría con el requerimiento orgánico del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999.³⁷

Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los

³⁶ SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. 04-2850

³⁷ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República.³⁸

2.3.2.2 *El Derecho al juez natural*

El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso *sea decidido* por el juez ordinario predeterminado en la ley. En la persona del juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, y de la exigencia de su constitución legítima, deben confluir varios requisitos para que pueda considerarse tal:³⁹

- 1) Ser independiente, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura;
- 2) Ser imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes;
- 3) Tratarse de una persona identificada e identificable;
- 4) Preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar, es decir, no ser un Tribunal de excepción;

³⁸ SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. 04-2850

³⁹ SCON-TSJ 07/03/2007 Exp. 06-1488

5) Ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. El requisito de la idoneidad es el resultado de lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que exige concursos de oposición para el ingreso y ascenso en la carrera judicial; y

6) Que el juez sea competente por la materia.

3 El derecho a la libertad personal

3.1 El derecho a la libertad personal en Alemania

3.1.1 Ámbito de Protección

El derecho a la libertad personal ampara el estado de libertad física o corporal de la persona, entendido como una situación en la cual ella se encuentra libre de medidas como la detención, el arresto o el internamiento. Se protege la facultad de la persona de autodeterminar su situación en el espacio, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse. La protección del derecho a la libertad personal no se limita a los casos de carácter penal, y a las detenciones en in-

terés de la paz pública, la seguridad y el orden, sino que abarca además toda privación de la libertad, que tenga por objeto la protección de una persona.⁴⁰

3.1.2 Distinción entre limitación y privación de la libertad personal

Ejercicio: Detención policial

En el mediodía del 27 de septiembre de 2003 ingresó el recurrente con un grupo de cerca 100 personas en el campo de maquinarias pesadas de Hamburgo, sin la correspondiente autorización, con el objeto de utilizar el terreno como nueva lugar de residencia y de estacionamiento de varios camiones de construcción...

Cerca de las 18 horas la policía cerró el acceso al lugar, de forma que los miembros del grupo no podían abandonar el área. A las 18.35 horas un representante de los propietarios presentaron denuncia en contra de las personas que se encontraban en el lugar. La policía estableció la identidad de las personas que se encontraban en el lugar. Según sus afirmaciones, la policía impidió al recurrente ausentarse del lugar luego de presentar su documento de identidad. A las 19.55 horas la policía rodeó a las personas que se encontraban en el lugar. El cuerpo de bomberos iluminó el lugar y la policía anunció a las personas a través de un megáfono que habían sido detenidas preventivamente por la sospecha de invasión de la propiedad. En total se trataba de unas 80 personas, inclusive el recurrente. La policía desalojó el lugar cerca de las 20.20 horas, lo cual duró hasta las 21.55 horas. El recurrente se identificó nuevamente según lo requerido, con la presentación de su documento de identidad vigente. La policía lo trasladó junto con otras personas hasta el módulo de vigilancia, al cual arribaron a las 20.30 horas. Aproximadamente una hora y media estuvo el recurrente en una celda sin que la policía llevara a cabo alguna medida. Cerca de las 23.00 horas la policía lo trasladó a la comandancia de policía, en un viaje de una hora aproximadamente. Allí el recurrente estuvo una hora en una celda, hasta que fue realizada la medida de identificación (tres fotografías). La policía basó su actuación en el § 81b Alt. 1 StPO. El recurrente fue dejado en libertad el 28 de septiembre de 2003 a las 1.30 horas.⁴¹

La diferencia entre limitación a la libertad personal y privación de la libertad personal puede apreciarse por la existencia de medidas que por su carácter menos gravoso y motivos de urgencia, pueden ser impuestas por órganos distintos del juez penal. El artículo 104 de la Ley Fundamental de Alemania

⁴⁰ BVerfGE 10, 302 - Tutela

⁴¹ BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

alude a dos formas de intervención en el derecho a la libertad personal: *limitaciones a la libertad* (aparte 1, frase 1) y *privación de libertad* (aparte 2). Esta distinción exige que se delimiten ambos conceptos, desde el punto de vista dogmático. La necesidad de distinguir entre ambos conceptos deriva del hecho que ambas figuras requieren para su procedencia condiciones de distinta naturaleza. Mientras que la simple limitación del derecho a la libertad personal sólo requiere una habilitación por parte de la ley formal; la privación de la libertad exige un procedimiento especial. De allí deriva que no toda limitación del derecho a la libertad personal, se encuentra sujeto a la reserva judicial.⁴²

3.1.3 El concepto material de la privación de libertad

El concepto material de la privación de libertad contiene tres elementos constitutivos: (1) La reclusión de una persona (2) sin o en contra de su voluntad (3) en un espacio cerrado o edificio especialmente destinados al efecto. Según la jurisprudencia alemana, no toda afectación leve constituye una privación de la libertad, sino que se requiere que la reclusión exceda un nivel mínimo de intensidad. De allí deriva la siguiente distinción: Privación de libertad es una medida del Estado, que reúne los elementos indicados y que excede una determinada intensidad mínima. Limitaciones de libertad son todas las restantes intervenciones en la libertad personal, que reúnen los elementos indicados, pero carecen de toda intensidad.⁴³ Sólo afectaciones de

⁴² Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

⁴³ Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

corta duración de la libertad de movimiento constituyen una limitación y no una privación de libertad.⁴⁴

El Tribunal Federal Constitucional estableció que, la reclusión del recurrente en una celda de detención en el módulo de vigilancia o en la comandancia de policía, así como el traslado hasta tales lugares a través de un vehículo policial constituyen una privación de libertad y no simplemente una limitación de libertad. En el caso concreto, la policía detuvo al recurrente, por lo menos desde las 19.55 horas hasta las 1.30 horas, mientras que la finalidad perseguida se limitaba a la realización de tres fotografías. Sobre todo la duración total de la privación de libertad no podía ser considerada como corta, pues comprende un tiempo que ya no resulta insignificante.⁴⁵

Ejemplos de la privación de libertad son, de acuerdo con lo expuesto, la pena privativa de libertad, la privación preventiva de libertad, así como la reclusión en una institución psiquiátrica.⁴⁶ Es irrelevante el lugar en el cual se lleva a cabo el internamiento. Incluso la reclusión coactiva en una residencia de régimen abierto o en una familia es una privación de la libertad personal.⁴⁷ Por el contrario, no constituirían privaciones de libertad, de acuerdo con la jurisprudencia alemana, la obligación de participar en clases de manejo y su invitación, el traslado a inspecciones de carácter médico o similares, la deportación de un extranjero, a diferencia de la detención previa a la

⁴⁴ BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

⁴⁵ BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

⁴⁶ Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

⁴⁷ BVerfGE 22, 180/182

deportación, la orden de detenerse emanada de un funcionario de policía, a diferencia de la detención.⁴⁸

3.1.4 El concepto formal de la privación de libertad

El concepto formal de la privación de libertad toma como punto de partida el impedimento de la libertad de movimiento de una persona en todas direcciones, a través de su encierro en un espacio estrechamente limitado, como un salón o un edificio. En pocas palabras se define como la imposibilidad de abandonar un lugar. Cualquier otra afectación en el derecho a la libertad personal constituiría simplemente una limitación de la libertad. En la práctica, éste último sería el caso del impedimento de la libertad de toda persona de escoger o permanecer en el lugar de su preferencia.⁴⁹

En la práctica tal concepto es considerado demasiado amplio. El motivo reside en que incluso medidas de corta duración, tales como la extracción coactiva de una muestra de sangre en un hospital, pueden cumplir los elementos constitutivos del concepto formal de privación de libertad. Por ello se procuran establecer criterios que permitan reducir adecuadamente la noción. El Tribunal Constitucional Federal ha tomado en consideración los medios empleados, para concluir que la privación de libertad sólo puede estar referida a la utilización de *medios técnicos* o de *uso de la fuerza*.⁵⁰ En contra de este criterio se señala que el ámbito de protección del derecho dependería de la forma de actuación del Estado; pero, desde el punto de vista del afectado,

⁴⁸Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

⁴⁹Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

⁵⁰BVerfGE 22, 21/26

no es relevante si se encuentra en un lugar cerrado o si su evasión es sólo impedida por la amenaza de una sanción.⁵¹

Algunos casos problemáticos para la definición de una privación de libertad son:

- - El estudiante se encuentra obligado a asistir a la escuela y no puede abandonar el salón durante las clases.
- - El Presidente de Mesa durante las elecciones
- - El soldado durante la guardia tampoco pueden abandonar el espacio previsto para el ejercicio de sus funciones.
- - Los testigos en el tribunal, durante su declaración o el imputado, durante la audiencia oral, en la medida en que no hubiera sido liberado de su obligación.

El deber de encontrarse presentes de estas personas constituye un deber jurídico; su incumplimiento puede dar lugar a medidas de coerción o sanciones penales o faltas. A pesar de que tales limitaciones constituyen el impedimento de la movilidad hacia cualquier dirección; sin embargo, no son considerados privaciones de libertad y son admisibles aún sin orden judicial.⁵²

En criterio de *Gusy*, el deber de comparecer afecta el ámbito de protección de otros derechos fundamentales, en razón de que el mismo sólo constituye una consecuencia de la obligación de realizar determinadas conductas, que sólo pueden producirse en un lugar específico. Se trataría entonces de un deber accesorio de otra conducta. Su admisibilidad constitucional sería de-

⁵¹Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

⁵²Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

terminada en base a los parámetros del derecho que regula la obligación principal. Si la obligación del alumno de permanecer en el aula de clases constituye una afectación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, entonces su conformidad a derecho se determina en base a tal libertad. Este criterio sería además aplicable al deber de asistir a actividades adicionales, pero no a la posibilidad, ya no utilizada de retener al estudiante luego de las clases, lo cual excedería su deber de asistencia a tales actividades.

Según tal criterio, el deber de acudir a la comandancia de policía, a los fines de rendir declaración, no constituiría una privación de libertad, como tampoco lo sería el deber de presentarse en calidad de testigo o de demandado ante un tribunal.⁵³ Tampoco constituiría una privación de libertad la ejecución forzosa del deber de asistir, por ejemplo a cumplir la sanción de recibir clases de manejo de vehículos,⁵⁴ a diferencia de la detención para el cumplimiento de otros deberes, como en el caso de la deportación.⁵⁵ El autor citado advierte que en todo caso, el legislador podría establecer garantías procesales, tales como la reserva judicial, aún cuando constitucionalmente la conducta no sea calificada como una privación de libertad.

3.1.5 La detención en custodia

La detención policial en custodia constituye una relación jurídica producida por un acto del poder público, en virtud del cual se priva de libertad a una persona, en una forma que se corresponde con la finalidad policial y se im-

⁵³Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

⁵⁴Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

⁵⁵Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

pide la posibilidad de abandonar el lugar. Se trata de una privación de libertad policial con fines preventivos, establecida en una disposición expresa.⁵⁶ Una detención en custodia se produce cuando la persona es retenida por un tiempo de cierta relevancia. Se trata de una privación de libertad y con ello una limitación especialmente intensiva del derecho a la libertad personal. No se requiere que se produzca en los espacios previstos al efecto. Por ello, también se produce cuando la persona se encuentra determinado tiempo detenida en un vehículo o cuando los participantes de una manifestación son rodeados sin posibilidad de retirarse del lugar.⁵⁷

De acuerdo con el § 13 del proyecto modelo de ley de policía (MEPolG) que ha sido asumido por varias leyes de los Länder, la policía puede retener en custodia a una persona, para salvarlo de un peligro actual para su vida o integridad, cuando se encuentre en un estado que excluya su libre determinación, o cuando sea indispensable para impedir la comisión inminente de un hecho punible; así como en el caso de faltas, que constituyan un peligro relevante o una perturbación de importancia para la seguridad y el orden público.

La finalidad de la medida se dirige a repeler un peligro grave e inminente para la seguridad pública (como en el caso de la comisión o continuación de un hecho punible que afecta a la colectividad). Es objeto de controversia si la detención para establecer la identidad constituye un caso especial de la

⁵⁶ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 295; Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1994-1997), pág. 681; Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, NVwZ 1991, pág. 651; Knemeyer, Polizeigewahrsam und Richterentscheid NVwZ 1990 pág. 139

⁵⁷ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 142

detención policial,⁵⁸ o sólo cuando la detención dura más de un corto plazo.⁵⁹ La detención de corta duración de una persona, cuya identidad debe ser determinada o que no ha acatado una citación no constituye una detención, que requiera de orden judicial.

La detención de protección tiene por objeto repeler un peligro en contra de la vida e integridad física de la propia persona detenida (ejm. impedir un suicidio). La medida sería ajustada a derecho en el caso de una persona totalmente alcoholizada que yace en el suelo indefensa, pero no en el caso de una persona ligeramente alcoholizada.⁶⁰

Dado que no había sido declarada la disolución o la expulsión del recurrente, eran todavía aplicables las normas del derecho de reunión, por lo que la medida de alejamiento no podía emitirse con base a las normas de policía. La conformidad a derecho de esta orden sirve de base a la detención en custodia, de acuerdo con la ley de policía. Por ello, la detención también resulta contraria a derecho. Tales medidas constituyen una infracción del derecho de reunión, en virtud de que impidieron al recurrente continuar participando en la reunión.⁶¹

3.1.6 Garantías de la detención policial en custodia

Ejercicio: Detención policial en custodia

El 19 de marzo de 1988 se esperaba una manifestación de gran magnitud, en la ciudad de Hanau con 15.000 participantes. En base a las experiencias en manifestaciones similares, la policía estableció puntos de control alrededor de Hanau, en los cuales se

⁵⁸ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 296

⁵⁹ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 142

⁶⁰ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 296

⁶¹ BVerfG · Beschluss vom 26. Oktober 2004 · Az. 1 BvR 1726/01, párr. 31

realizaban inspecciones a los participantes de la manifestación que ingresaban en la ciudad. El recurrente fue objeto de control por la policía, y se determinó que en su contra cursaban cuatro investigaciones por la sospecha de hechos punibles en relación con manifestaciones. En tres de los casos, el recurrente había sido detenido y en uno de los casos había sido retenido en custodia por la policía.

En base a tales informaciones, que según el recurrente no le fueron expuestas, fue retenido el recurrente en custodia, quien había mostrado su identificación personal, a las 11:40 a.m. El “Acta sobre la retención de personas” indica como causa de la retención, la “verificación de sus datos personales”. Al recurrente se habría garantizado su derecho a ser oído; al efecto, habría expresado su voluntad de no rendir declaración. En un “documento anexo de personas detenidas” se señala como motivo para la retención: “conocido por perturbar sistemáticamente la paz pública”.

El recurrente fue retenido en el área de huéspedes de la Policía de Hesse, en Mühlheim/Main. La policía requirió de inmediato la decisión judicial sobre la admisibilidad de la reclusión. En la sentencia dictada el mismo día, el tribunal penal declaró admisible la retención en custodia. Como fundamento indicó que según la solicitud de la policía, el recurrente había sido detenido en su entrada a la manifestación, ya que en base a la información dada, así como en base a la impresión general, era de temer que el detenido participaría en acciones no pacíficas. Mediante la selección de una alternativa en el formulario, se señalaba que la retención era “necesaria”, para impedir la comisión de un hecho punible inminente. El hecho punible inminente estaba señalado con el agregado “§ 125 Código Penal (StGB)”. En el formulario se había seleccionado que la “declaración se realizó por la oficina administrativa de la retención”, pero que el recurrente, luego de haber sido informado sobre sus derechos, según el § 55 del Código Procesal Penal (StPO) no había hecho declaración alguna. La sentencia ordenaba la liberación del recurrente a las 18:00 horas del mismo día. Tal orden fue cumplida.⁶²

3.1.6.1 *La reserva judicial*

Dado que la detención policial constituye una privación de libertad, en los términos del art. 104 de la Ley Fundamental, debe el juez decidir sobre la admisibilidad y duración de la detención. La orden judicial debe ser emanada, en principio, con anterioridad a la detención. La reserva judicial tiene por objeto brindar protección especial al derecho a la libertad personal.⁶³

⁶² BVerfGE 83, 24 – Retención policial en custodia

⁶³ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

En virtud de la finalidad protectora de la garantía de reserva judicial, todos los órganos del Estado se encuentran obligados a velar porque la reserva judicial resulte efectiva en la práctica. Como consecuencia de ello, se deriva que el juez competente debe ser accesible siempre. Debe preverse un servicio de guardias, incluso durante la noche, en lugares en que las detenciones nocturnas no son sólo excepcionales.⁶⁴

En caso de no haber sido posible obtener la decisión judicial previa a la detención, la misma debe ser requerida de inmediato, en los casos admitidos por la ley. “De inmediato” significa, sin dilación alguna, que no se encuentre justificada materialmente o que no puedan ser evitadas, entre ellas, la distancia, dificultades de transporte, el registro previo o la conducta renuente del detenido.⁶⁵

Si la decisión judicial no es obtenida de inmediato, se produce la contrariedad a derecho de la detención, incluso cuando el tribunal acuerda la detención al día siguiente de realizada, en razón de que la misma no puede tener un efecto retroactivo. En principio, se considera obtenida de inmediato la decisión judicial, dentro de dos o tres horas siguientes a la detención.⁶⁶

3.1.6.2 *El deber de investigación*

El deber de investigación que deriva del derecho a la libertad personal y a ser oído, obliga al tribunal a conocer por sí mismo de las investigaciones sobre los antecedentes de conductas policialmente relevantes y permitir que la policía le presentara los hechos que hacía posible un pronóstico del peli-

⁶⁴ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

⁶⁵ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

⁶⁶ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

gro y un análisis de proporcionalidad. No es suficiente, asumir como ciertas las conclusiones de la investigación policial, sino que el tribunal se encuentra en el deber de realizar diligencias propias de investigación, así como valoraciones propias de las mismas, y de la investigación policial. El juez debe obtener una impresión general sobre el detenido y sus intenciones, obtenidas directamente, a través de una audiencia personal.⁶⁷

3.1.6.3 *El derecho a ser oído*

El derecho a ser oído garantiza a los participantes un derecho a exponer su posición sobre hechos, resultados de pruebas y sobre la situación jurídica y obliga al tribunal a tomar en conocimiento la exposición de los participantes e incluirla en las consideraciones de su decisión. El derecho a ser oído debe permitir al afectado la posibilidad de ejercer influencia en una decisión judicial que está por producirse. Por ello, por regla general, sólo tiene sentido la audiencia previa. Una excepción sólo es admisible, cuando la audiencia previa afecte la finalidad de la medida o cuando la decisión, luego de una audiencia previa, hubiera resultado tardía.⁶⁸

El Art. 103 aparte 1 de la Ley Fundamental garantiza un derecho a ser oído, justamente ante el tribunal. Un tercero sólo puede cumplir la tarea de dar audiencia cuando goce de la confianza del afectado o cuando se encuentre sometido a un deber jurídico especial de objetividad. El afectado debe tener conocimiento de que la recepción de la información y la presentación de la declaración se produce en su nombre por un representante. Por regla general, en procesos distintos de los casos de urgencia, la audiencia no se puede

⁶⁷ BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

⁶⁸ BVerfGE 83, 24/35 – Retención policial en custodia

producir por el mismo órgano, cuya medida es objeto de control judicial. Una declaración ante la policía solo llena los requisitos del derecho a ser oído del Art. 103 aparte 1 de la Ley Fundamental, incluso en procedimientos de urgencia, cuando el afectado tiene conocimiento que su declaración se dirige al tribunal.⁶⁹

Esquema del Ejercicio: Detención policial en custodia

La detención policial en custodia podría ser conforme a derecho, si la misma hubiera resultado necesaria para impedir la inminente comisión de la perturbación a la paz pública. Sin embargo, las constataciones de hecho no justifican el pronóstico de una perturbación a la paz pública.⁷⁰

El tribunal penal señaló como fundamento de su decisión la afirmación de la policía, según la cual, era de temer una participación en acciones no pacíficas, en base a la información disponible sobre su persona, así como la impresión general. No forman parte de los motivos de la decisión del tribunal, constataciones propias sobre antecedentes en la participación no pacífica o ilegal del recurrente en manifestaciones. La mención de las eventuales fuentes de la información de hecho no dejan observar una valoración o juicio sobre hechos conocidos por el tribunal ni sobre las constataciones concretas de la policía. El tribunal no obtuvo una impresión general del recurrente y su intención, porque no le concedió una audiencia personal. De allí que renunció a toda sustanciación propia de lo hechos.⁷¹

Las condiciones que derivan del derecho a ser oído, hubieran sido sólo cumplidas en el caso presente, si el afectado hubiera tenido conocimiento que su declaración se dirigía al tribunal y que con su declaración podía ejercer alguna influencia constitutiva sobre la decisión judicial que le afectaría. La decisión recurrida, sólo constata sin embargo, en un formulario, que el recurrente había tenido la oportunidad de declarar frente a la policía. No se desprende de allí, si se le dio la palabra, con el objeto de participar en el proceso judicial y en su decisión.⁷²

⁶⁹ BVerfGE 83, 24/36 – Retención policial en custodia

⁷⁰ BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

⁷¹ BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

⁷² BVerfGE 83, 24/36 – Retención policial en custodia

3.1.7 La detención para establecer la identidad

El parámetro de la evaluación del funcionario deriva de la situación planteada, sobre todo, de la conducta concreta del individuo y su disposición a cooperar con el funcionario.⁷³ Antes de asumir la decisión de la retención de la persona, debe determinarse si son idóneas otras medidas en el lugar. El funcionario debe informar al afectado sobre las posibles medidas a realizar y las alternativas posibles.⁷⁴ Para la verificación de los datos puede ser suficiente la información ofrecida por otras personas en el lugar o la comprobación a través de la comunicación por radio con la estación de policía.⁷⁵ Frente a la negativa de mostrar los documentos, podría llevarse a cabo la inspección de personas. La limitación en la libertad personal solo debe producirse cuando resulta indispensable. Sólo cuando han sido agotados infructuosamente otros medios, o cuando su utilización se vincule a considerables dificultades, es admisible realizar la detención.⁷⁶

En primer lugar, debe admitirse la información verbal de los datos personales, sobre todo cuando, no existe un deber general de portar determinado documento de identidad.⁷⁷ Tal intervención especialmente gravosa sería admisible cuando los datos conocidos de la persona no resulten suficientes, o cuando hubieran indicios concretos para dudar de la validez de los documentos presentados o de la veracidad de la información.⁷⁸

⁷³ Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

⁷⁴ Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

⁷⁵ Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

⁷⁶ BverfG de 27.01.1992 (Az.: 2 BvR 658/90)

⁷⁷ Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 4

⁷⁸ BverfG de 27.01.1992 (Az.: 2 BvR 658/90)

En efecto, la conducción de una persona a la estación de policía, que tenga por finalidad establecer la identidad de la persona, sólo constituiría una limitación de la libertad, y con ello, una medida que puede ser impuesta sin orden judicial. Pero, en caso de que la medida fuera prolongada y el afectado continúe bajo detención, dado que al no ser posible la identificación, no hay garantías de localizar nuevamente a la persona, entonces la medida alcanzará la intensidad de una privación de libertad. En tal caso, sería necesario obtener una orden judicial.⁷⁹

En tal sentido, el § 163c del Código Procesal Penal alemán dispone que la detención de una persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, cuya identidad no hubiera sido posible determinar o hubiera presentado dificultades, no puede ser retenida por un tiempo superior al estrictamente necesario. La persona detenida en tales circunstancias debe ser presentada al Juez, sin demora, con el objeto de que éste decida acerca de la admisibilidad y continuación de la medida. La presentación ante el juez no es necesaria, en los casos en que tal presentación requiera de mayor tiempo que el estrictamente necesario para la identificación.

3.2 El derecho a la libertad y seguridad personales en España

El Tribunal Constitucional ha distinguido entre la privación de libertad de otras restricciones menos intensas que la privación de la libertad, en torno a la cual giran las garantías establecidas en el art. 17 CE. Ha señalado al efecto el Tribunal Constitucional que, no es posible equiparar la privación de li-

⁷⁹ Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459; Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, pág. 651

bertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia -en este caso la prueba de alcoholemia-, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto.⁸⁰ Sin embargo, en sentencia posterior, el tribunal declaró que la retención para acompañamiento a efectos de identificación es una privación subsidiaria de la libertad: no se le detiene, porque no se le conceden los derechos del detenido, pero sí se le compele a cumplir unas obligaciones que implican, aunque sea temporalmente, privación subsidiaria de libertad.⁸¹

Entre otras privaciones de libertad ajenas a los derechos penal y procesal penal, se alude al arresto del quebrado en su propio domicilio; el internamiento por enfermedad psíquica; el internamiento de extranjeros hasta por 40 días en centros de detención, de forma excepcional y con autorización judicial, así como la retención para acompañamiento a efectos de identificación.⁸²

3.2.1 La retención para acompañamiento a efectos de identificación

El artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone que, cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios ade-

⁸⁰ STC 22/1988, de 18 de febrero Fj 1

⁸¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 1. Crítico de tal imprecisión, voto particular que formula el Magistrado don Julio D. González Campos en la sentencia citada

⁸² García/Requejo, Libertad y seguridad personales, pág. 148

cuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. Los supuestos de procedencia de la medida, están referidos a la necesidad de impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción. De tal forma, que la diligencia de identificación en dependencias policiales sólo podrá afectar a quienes razonablemente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal, o a quienes hayan incurrido en infracción administrativa.⁸³

La Audiencia Provincial de Vitoria- Gasteiz ha declarado que la orden de los agentes de policía a una persona que pedía donativos, para que cesara su actividad o abandonara el lugar, así como la privación de libertad de unas cinco horas, por tal hecho lícito, constituye un exceso en el ejercicio de sus facultades como agentes de la autoridad.⁸⁴

En una primera gran concentración no autorizada, disuelta, y persistencia, no obstante, de grupos de personas en los mismos lugares con gran tensión ambiental, los Agentes de Policía Locales se dirigieron al Sr. Benito en su labor de prevención y averiguación de actividad solicitándole la identificación, no lo pudo hacer por lo que le requirieron para que les acompañase a lograr aquélla, ante su negativa e imprecaciones al público allí congregado los Agentes optaron por llevarlo a Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para esa identificación y posteriores efectos; la Audiencia Provincial de

⁸³ García/Requejo, Libertad y seguridad personales, pág. 148

⁸⁴ SAP VI 180/2015

Granada estimó que ello no entrañó ni la privación de libertad específica de detención ilegal, ni la genérica de coacciones⁸⁵.

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de, si la medida de identificación prevista en la LOPSC, para el supuesto de no lograrse la identificación, supone o no una privación de libertad para la persona de cuya identificación se trata. En primer término descartó el argumento de la "voluntariedad" empleado para negar que estemos ante una privación de libertad. Sin duda que una comparecencia espontánea o a voluntad propia en dependencias policiales excluiría, de principio, todo asomo de privación de libertad, pero la norma impugnada no hace referencia a una personación de este género. La situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos (requerimiento), y debe hacerse constar que la desatención a aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas. Siendo esto así, la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*.⁸⁶

Señaló el tribunal que, la medida de identificación en dependencias policiales 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 indaga-

⁸⁵ SAP GR 1464/2004 Fj 3

⁸⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 4

ción, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad.⁸⁷

En cuanto a la conformidad de la norma impugnada, con las garantías establecidas en el art. 17.1 de la Constitución, observó el tribunal Constitucional que, la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, sino que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una "infracción" administrativa.⁸⁸

En cuanto a la duración de la medida prevista en el derogado art. 20.2, señaló el tribunal que la misma no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del "tiempo imprescindible", expresión análoga, precisamente, a la que emplea el propio art. 17.2 de la Constitución, aún cuando el legislador pudo haber establecido, además, una duración máxima de estas diligencias de identificación, debido a que el límite constitucional de setenta y dos horas no resulta trasladable al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo.⁸⁹

⁸⁷ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 4

⁸⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

⁸⁹ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

Como hemos visto, el actual artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone una duración por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

En cuanto a las garantías establecidas en el núm. 3 del art. 17, consistentes en la información inmediata al detenido, de modo comprensible, "de sus derechos y de las razones de su detención", en la exclusión de toda obligación de declarar y en el aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales, observó el tribunal que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento, para que el afectado sepa a qué atenerse.⁹⁰ El actual artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone que, la persona a la que se solicite que se identifique será 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. Adicionalmente, a las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

El Tribunal Supremo ha declarado que tales intervenciones policiales han de contar con las notas de racionalidad, adecuación, proporción y pertinencia, sin abrir espacios inmunes que permitan detenciones encubiertas fuera de los casos contemplados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien, cuando la existencia indiciaria de delitos, racionalmente apreciados a priori,

⁹⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

pero concurrentes potencialmente, posibilita la vía de la detención (en el caso, de treinta minutos para su identificación en sede policial), la habilitación legal que proporciona el art. 20 de la LO 1/1992, imposibilita cualquier actuación delictiva.⁹¹

3.2.2 La “inmovilización” en custodia

Ejercicio: Torcuato

El acusado Torcuato era el jefe de policía local de Algete, estaba en la Plaza, donde había habido enfrentamientos y peleas entre los asistentes, finalizados con la intervención de los policías locales. Cornelio, Jacobo y Santiago eran vecinos de Paracuellos y estaban en la Plaza, cuando hubo un incidente que degeneró en una pelea. El acusado llegó en momento en que la pelea había cesado. El acusado habló con una persona no identificada, y se dirigió al antedicho Jacobo y lo agarró por el brazo, colocándolo a su espalda, y empujando a Jacobo contra un vehículo policial allí situado, a quien a continuación introdujo, esposado, en el vehículo policial sin comunicarle la razón de su situación ni informarle de sus derechos. El acusado agarró igualmente por el brazo a Cornelio, se lo puso a la espalda y lo empujó contra el vehículo policial en el que ya se encontraba Jacobo. Inmediatamente, ordenó a otros dos agentes conducir a los hermanos a la sede de la policía local. Allí llegaron, permaneciendo esposados en una especie de sala de espera junto con los agentes que allí se encontraban. Nadie los cacheó ni les retiró sus objetos personales. A los 10 minutos llegó el acusado quien ordenó retirar las esposas a los detenidos, los cuales permanecieron en la misma sala de espera, ya sin esposar. Un rato después, los hizo pasar a su despacho, y mantuvo una entrevista con ellos, sobre lo sucedido en la plaza, tomando el acusado algunas notas con su ordenador. Tras la entrevista, los jóvenes eran libres de irse.⁹²

La Audiencia Provincial de Madrid ha rechazado la posibilidad de justificar una detención por razones de seguridad o para proteger su integridad, pues resulta inconcebible que para "proteger" a un ciudadano sea necesario detenerle. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso en contra de esta decisión,

⁹¹ STS 4379/2006

⁹² ATS 4678/2013

en razón de que no había sido desvirtuada la razonada exposición de la sentencia.⁹³

El Tribunal Supremo ha establecido que el presupuesto de toda injerencia legítima en la libertad es la acomodación al ordenamiento jurídico, concretamente al supuesto de autorización. Tratándose de detenciones con causa en un hecho delictivo la norma jurídica que habilita es la LCRIM y en ella se exige que el policía actúe bajo la cobertura de un indicio racional de perpetración de un hecho delictivo y de un indicio, igualmente racional, sobre la participación en ese hecho de un concreto individuo; además, es preciso que esos indicios sean razonables, y la forma de expresar esa racionalidad es, habitualmente, la expresión escrita de los motivos que han dado lugar a la privación de libertad. Esta documentación de la racionalidad permitirá la actuación de los instrumentos de control residenciados internamente en la propia estructura policial, y en la jurisdicción penal cuando se investiga una denuncia por detención ilegal.

Esquema del Ejercicio: Torcuato

La Audiencia Provincial de Madrid determinó que la detención no estaba justificada por la necesidad de identificar a los detenidos; el acusado no declaró que intentara identificarlos antes de su detención, o que ellos se negaran a identificarse, se ignora si iban o no identificados. No está el supuesto justificado sobre la base del art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992.

El motivo expuesto por el recurrente, según el cual se produjo una cierta restricción de la libertad ambulatoria con el único fin de preservar el orden público y proteger la integridad de los sujetos pasivos de la conducta enjuiciada no encuentra un fundamento legal expreso. Tampoco se plantean condiciones extraordinarias para realizar un análisis basado en el principio de necesidad, que permitiera justificar excepcionalmente la medida.

⁹³ ATS 4678/2013 Fj 1

3.2.3 La detención preventiva

Ejercicio: Delito contra los derechos de los trabajadores

El detenido fue trasladado inmediatamente a la Comisaría de la Brigada Provincial de Extranjería de Valladolid, donde, después de ser informado de sus derechos conforme al art. 520 LECrim, se le ofreció declarar a las 17:45 horas, momento en el que, asistido de Letrado, optó por guardar silencio. Aparece asimismo en el testimonio de las actuaciones policiales que a las 20:30 horas del mismo día fue extendida "diligencia de terminación y remisión", según la cual el Instructor policial habría ordenado que el detenido pasara a disposición judicial, así como el envío del atestado que incluía la declaración de una de las posibles perjudicadas y un informe de la Inspección de Trabajo. Sin embargo hay que decir que dicha diligencia no se ajusta a la realidad: la puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial se pospuso hasta el día siguiente, como lo evidencia el que el Letrado del detenido, poco después de su toma de declaración policial, promoviera el procedimiento de habeas corpus ante el Juzgado de Instrucción de Valladolid núm. 4 en funciones de guardia, y que, denegada por dicho Juzgado la incoación del habeas corpus mediante Auto de 10 de junio de 2003, esta resolución judicial fuera comunicada "a las dependencias policiales donde se encuentra detenido Carlos Sanz Velasco" a través de fax remitido a las 20:52 horas de aquel día, tal y como viene recogido en diligencia del Secretario judicial.⁹⁴

La detención preventiva constituye una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, que procede para poner a disposición judicial a una persona sospechosa de haber cometido un delito, a fin de que el juez competente determine si procede la prisión preventiva o la libertad.⁹⁵

El art. 17 II CE dispone con respecto a la detención preventiva, que la misma no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁹⁴ STC 23/2004, de 23 de febrero

⁹⁵ de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, 161

El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, es obligada la estricta observancia de las garantías dispuestas por el citado art. 17 de la Constitución. Esta somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible. El tiempo «estrictamente necesario» de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente. A tal efecto, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias del caso y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida.⁹⁶

La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, en lo que aquí especialmente interesa, por su limitación temporal, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible, como así lo corrobora lo dispuesto en el art. 5.2 y 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el art. 9.3 del Pacto internacional de dere-

⁹⁶ STC 224/1998, de 24 de noviembre Fj 3; STC 35/2008, de 25 de febrero Fj 4

chos civiles y políticos, que exigen que el detenido sea conducido "sin dilación" o "sin demora" ante la autoridad judicial.⁹⁷

Desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas, y no constando la existencia de otras circunstancias, la detención policial queda privada de fundamento constitucional. En este instante, que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haber sido puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente.⁹⁸

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida. Durante el periodo de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la de-

⁹⁷ STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

⁹⁸ STC 224/1998, de 24 de noviembre Fj 4

tención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales.⁹⁹

En la hipótesis de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto. En atención a tales plazos la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial.¹⁰⁰

Esquema del Ejercicio: Delito contra los derechos de los trabajadores

En el caso planteado, una vez que el detenido se negó a declarar -lo que ocurrió a las 17:45 horas del día 10 de junio de 2003-, no consta que la fuerza policial instructora tuviera pendiente, o que con posterioridad llevara a cabo, actuación alguna encaminada a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que motivaron la detención preventiva. Por otro lado, en el atestado se hizo constar que las diligencias policiales estuvieron terminadas a las 20:30 horas. No obstante, al quejoso se le retuvo en situación de detención policial hasta el siguiente día 11 de junio, en que fue puesto a disposición del Juzgado de guardia, decretándose entonces su libertad sin fianza tras prestar declaración.

En las circunstancias descritas, y no constando otras causas que justificaran la prolongación de la detención policial, ésta quedó privada de fundamento constitucional. En el instante de acabar las averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos, momento que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y

⁹⁹ STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

¹⁰⁰ STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente.

3.2.4 El delito de detención ilegal por funcionario publico

Ejercicio: El acusado Nemesio

Los agentes de la Guardia Civil adscrito a la Agrupación de Trafico - especialistas por tanto, en delito contra la seguridad vial- no habían observado síntomas de embriaguez en el acusado *Arcadio*, por lo que pese al resultado que dieron las pruebas de detención alcohólica a que fue sometido *Arcadio* -0,39 y 0,40 mgs, de alcohol por litro aire espirado- superior a la tasa administrativa pero inferior a la prevista en el tipo penal del art. 379.2 -0,60 mgs por litro- tras formalizar el correspondiente boletín de denuncia, le dijeron que se podía marchar, sin proceder a la inmovilización del vehículo. Pero el acusado *Nemesio* que había avisado por teléfono al Grupo de Homicidios del que formaba parte como inspector, al comparecer el Jefe del mismo n° NUM002 , dio una versión de lo sucedido, reiterado lo ya expuesto en la llamada telefónica en el sentido de que el conductor del vehículo se había opuesto a su actuación policial, iniciándose un breve forcejeo e incluso, una vez llegados al lugar dos agentes de la Guardia Civil, y una vez que se identificó como inspector, el conductor había intentado agredirlo, teniendo que ser conminado en varias ocasiones por el agente de la Guardia Civil a que depusiera su actitud, resultando como consecuencia de tales hechos, con cortes en la mano derecha y contusiones en varias partes de los brazos -versión totalmente falsa desmentida por los propios Guardias civiles y por la grabación de las cámaras de la DGT- lo que motivó que procediese a la detención del conductor y a la confección del atestado policial n° NUM006 por delitos de desobediencia y resistencia.¹⁰¹

El delito de detención ilegal protege el derecho de toda persona a moverse y trasladarse de un lugar a otro según su propia y libre voluntad en el ejercicio de su derecho a la libertad deambulatoria que consagran los arts. 17.1 C.E. y 489 L.E.Cr.¹⁰² Se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento en que la detención o encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante. Asimismo el tipo descrito en el art. 163 es un delito que

¹⁰¹ STS 250/2014

¹⁰² STS 8266/2011 Fj 4

se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro". Y el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia. El dolo es la conciencia y voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, de realizar el tipo objetivo, que es, de acuerdo con el precepto que lo define, encerrar o detener a otro, bastando con que el acusado tenga una idea clara de la ilicitud de su conducta. No es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta. El dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuales sean los móviles o ulteriores intenciones del agente, de la misma forma que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo incluido el intimidatorio.¹⁰³

El precepto que regula el delito de detención ilegal por funcionario público requiere como elementos necesarios para su aplicación los siguientes: 1º. Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto ofrece el art.

¹⁰³ STS 4099/2013 Fj 1

24 CP. 2°. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos 163 y 166. 3°. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1° CP), el art. 530 del mismo código . 4°. Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del n° 7 del art. 20 que declara exento de responsabilidad criminal al "que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho". 5°. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal.¹⁰⁴ El delito examinado tiene como dolo específico la conciencia plena, absoluta y segura que debe tener el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal, esto es, conciencia de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión.¹⁰⁵

Para la comisión de este tipo penal no se precisa que el agente esté de servicio. El precepto no lo exige pero es que, además, el art.5. 4 de la LO2/86 de fuerzas y cuerpos de seguridad dice que "deberán de total a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiem-

¹⁰⁴ STS 250/2014 Fj 5

¹⁰⁵ SAP GR 1464/2004 Fj 2

po y lugar, se hallaren o no de servicios, en defensa de la Ley y de la Seguridad ciudadana".¹⁰⁶

El núcleo objetivo del delito y esencia de la configuración antijurídica y de naturaleza normativa lo constituye, que dicha privación de libertad sea fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. Pero la concurrencia de ambos condicionamientos, ha creado ciertos problemas interpretativos, que deberán resolverse de acuerdo con la más caracterizada doctrina científica, entendiendo que la frase "mediar causa por delito" es equivalente a practicarse la detención "por causa de delito" o "en forma preordenada a un proceso penal", no necesariamente en el curso del mismo, una vez abierto. De lo contrario se daría la paradoja de que en ciertas hipótesis nuestra ley Rituaria Penal justifica la detención (la permite a los particulares y obliga a practicarla a las autoridades o agentes de la Policía Judicial), sin la correspondiente existencia previa de procedimiento policial o judicial por delito.¹⁰⁷

Lo esencial en este delito es si el hecho que dio origen a la detención podía tener racionalmente la apariencia delictiva, pues la calificación jurídica se hace a posteriori de la detención y no tiene por qué ser conocido por el funcionario cuando la practica sólo únicamente debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas la gravedad de la acción.¹⁰⁸

En una multitudinaria concentración no autorizada de jóvenes que ante las distorsiones y peligros de alteraciones debió ser disuelta por la Policía Mu-

¹⁰⁶ SAP B 5711/2012 Fj 1

¹⁰⁷ SAP GR 1464/2004 Fj 2

¹⁰⁸ SAP GR 1464/2004 Fj 2

nicipal; aunque gran parte de aquéllos fueron dispersados, existía el clima de confrontación latente. Ante una actuación de Agentes el acusador se dirige a ellos con insultos. Aun con solo el pronunciamiento de aquellas frases, era suficiente para proceder a su detención y trasladarlo a las dependencias de Policía nacional, como se hizo, para la instrucción del atestado; había indicios de comisión de infracción penal, delictiva, con serias apariencias, luego se ha seguido proceso penal con acusación del Ministerio Fiscal; por tanto se cumplieron los requisitos objetivos legitimadores de la privación, aun breve, de libertad, sin que se observe extralimitación; por otra, tampoco se da el requisito subjetivo del injusto como dolo específico antes también reseñado.¹⁰⁹

El funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 -aunque con la agravación del art. 167- de ahí que si la detención ha sido efectuada para entregar al detenido a la autoridad -judicial o no- puede ser de aplicación en su caso, la atenuante del art. 163.4, en relación con el art. 167.¹¹⁰

La atenuante de haber aprehendido a una persona fuera de los casos permitidos por las leyes, para presentarla inmediatamente a la autoridad ha sido aplicada al policía que conociendo, que el hecho no era constitutivo de delito -pues los daños estaban especificados en el Atestado como inferiores a 50.000 ptas- procedió a la detención del implicado -supuesto de detención "fuera de los casos permitidos por la Ley", art. 167 para presentarlo inme-

¹⁰⁹ SAP GR 1464/2004 Fj 2

¹¹⁰ STS 250/2014 Fj 5

diatamente a la autoridad - art., 163.4 CP -. También la detención ilegal practicada por autoridad o funcionario por "razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones puramente privadas". Así en STS. 394/2006 de 29.3 , policía, libre de servicio, que tras un enfrentamiento particular con otras personas, ordena la detención de estos, consideró correcta la aplicación del art. 167, pues la decisión de la detención partió del acusado, actuando como agente policial, aunque no estuviera de servicio, ya que a consecuencia de la inexistencia de causa legal, alegó una causa aparente -el enfrentamiento- ante la dotación policial que materialmente fue, le llevó a cabo de manera meramente instrumental la detención.¹¹¹

Esquema del Ejercicio: El acusado Nemesio

El acusado *Nemesio* construye un presupuesto de detención y provoca que su relato de apariencia de una base legal desde luego no ajustada a la realidad, que motivó que sus compañeros llevaran a cabo una privación de libertad que no procedía en ningún caso. El acusado tuvo el dominio del hecho, pues imputa falsamente que Arcadio intentó atropellarle e incluso consta en el informe del Hospital que manifestó al médico que las lesiones que sufrió fueron con ocasión de la agresión de otra persona durante el forcejeo para detenerle, cuando, en realidad, se produjeron al golpear con la mano el cristal del lado del conductor. Supuesto correctamente calificado en la sentencia recurrida como de autoría mediata. En efecto la autoría se concentra en la persona que provoca la detención y ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo instrucciones de aquella, la lleva a cabo, llevando al detenido a Comisaría y posteriormente a disposición judicial. La autoría mediata se produce cuando un sujeto realiza el tipo de detención ilegal, utilizando a otro como instrumento, en este caso los otros funcionarios de policía que confeccionan el atestado y acuerdan materialmente la detención, son instrumentos que actúan conforme a derecho.

Consecuentemente, la detención no solo estuvo desprovista de causa legal sino que se efectuó como arbitraria reacción ante una disputa verbal por un incidente de tráfico que ni siquiera había ocasionado accidente alguno. La detención, pues, vulnera el primero de los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas de Seguridad establecidos en el art. 5 Ley Cuerpos y Fuerzas de Seguridad , ejercer la fun-

¹¹¹ STS 250/2014 Fj 5

ción con absoluto respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico, por lo que su calificación de ilegal, con el plus de ilegalidad que comporta haber sido cometida por un funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley, ha sido de todo punto correcta.¹¹²

3.3 El derecho a la libertad personal en Venezuela

3.3.1 La detención policial

Ejercicio: Retención de autobuses

Como se tenía previsto, los estudiantes carabobeños madrugaron este miércoles para concentrarse y partir a Caracas para participar en la Marcha Nacional de Universidades, pero efectivos de la Guardia Nacional levantaron una alcabala en el peaje de Guacara para retener los vehículos y no dejarlos llegar hasta la capital. Asimismo, trascendió que en los peajes de Tapa Tapa, Palo Negro, La Encrucijada y La Victoria, en el estado Aragua, también se colocaron alcabalas en las cuales devuelven no sólo a los transportes públicos, sino también a las unidades universitarias.¹¹³

La Sala Constitucional ha definido la privación de libertad, como la obligación de permanecer en un lugar determinado y que esta privación implique un aislamiento de quien la sufre, por su sometimiento a una situación que le impide desenvolverse normalmente.¹¹⁴ También ha señalado la Sala que tal derecho es en esencia un “*derecho a no estar detenido*”, puesto que impone al Estado una prestación negativa que consiste en la prohibición de aprehender a una persona sin que medie una orden judicial previa, salvo que se trate de un caso de flagrancia.¹¹⁵ Los órganos de policía sólo pueden estar facultados para asumir medidas privativas de libertad, en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagran-

¹¹² STS 250/2014 Fj 5

¹¹³ Nota de prensa de 06 / jun / 2007

¹¹⁴ SCON-TSJ 07/03/2007 Exp. 06-1488; SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

¹¹⁵ SCON-TSJ 03/09/2004 Exp. 03-2800

cia o cuando medie una orden judicial.¹¹⁶ Los órganos de policía no tienen autorizado detener personas, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana.¹¹⁷

En criterio de la Sala Constitucional, sólo se permiten arrestos o detenciones –incluso aquellos preventivos– si existe orden judicial, salvo que la persona sea sorprendida in fraganti.¹¹⁸ Tal intervención implica que estén proscritas constitucionalmente, salvo que medie el supuesto de flagrancia, las limitaciones a la libertad personal por parte de órganos de naturaleza administrativa, los cuales deben colaborar como órganos auxiliares de justicia, mas no pueden sustituirse en ciertas potestades exclusivas del órgano jurisdiccional, entre otras para la imposición de limitaciones a la libertad personal.¹¹⁹ El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.¹²⁰ Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.¹²¹

Por tales motivos, ha sido declarada la inconstitucionalidad del artículo 20 del Código de Policía del Estado Lara, según el cual: “Donde quieran que

¹¹⁶ SCON-TSJ 09/08/2007 Exp. 04-2149

¹¹⁷ SCON-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858

¹¹⁸ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

¹¹⁹ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

¹²⁰ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

¹²¹ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

existan tumultos, riñas o desórdenes, concurrirá la Policía para contenerlos y aprehenderá a los participantes y los conducirá ante la autoridad respectiva”.¹²² También ha sido declarada la inconstitucionalidad del artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que establecía la posibilidad de que los órganos de policía receptores de denuncia acuerden, como medida cautelar, “Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva”.¹²³ De igual forma, ha sido declarada la inconstitucionalidad de las normas de policía estatales que establecen la pena de arresto como única sanción o la conversión de multas en arrestos y la conversión de caución en arresto.¹²⁴

En criterio de *Jesús María Casal*, excepcionalmente es admisible una intervención policial o administrativa de urgencia, que se anticipe a la actuación judicial, cuando ello sea necesario para posibilitar el cumplimiento del fin legalmente atribuido a la privación de libertad.¹²⁵ En tales casos, el derecho a ser conducido sin demora ante una autoridad judicial se aplica a toda privación administrativa de la libertad, no sólo a la que se origina en la supuesta comisión de un hecho punible. En este sentido apunta tanto el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹²⁶ que otorga tal derecho a „*toda persona detenida o retenida*“, como el artículo 44 de la Constitución venezolana, al fijar en 48 horas el plazo máximo de toda pri-

¹²² SCON-TSJ 09/08/2007 Exp. 04-2149

¹²³ SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. n° 03-2401

¹²⁴ SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

¹²⁵ Casal, Los derechos humanos y su protección, pág. 87

¹²⁶ Artículo 7° Derecho a la Libertad Personal. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

vación policial o administrativa de la libertad.¹²⁷ No compartimos sin embargo la afirmación del autor, según la cual no son inconstitucionales las privaciones de libertad ajenas al proceso penal, como el internamiento de enfermos mentales, el internamiento de menores con fines educativos, o la detención de extranjeros durante el procedimiento instruido para su expulsión.¹²⁸ En nuestro criterio, tales situaciones constituyen verdaderas medidas privativas de libertad, que requieren de disposición legal expresa y orden judicial.

La privación de libertad requiere para ser válida de una serie de condicionamientos que regulan su licitud, como son la necesaria consagración previa de la infracción que se le imputa, la condenatoria que efectúe el juez competente para dilucidar la privación de libertad, la existencia de un proceso judicial, el cumplimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva en el marco del procedimiento judicial, el respeto de los derechos del imputado, entre los cuales debe incluirse el derecho al acceso al expediente, a la promoción y evacuación de pruebas, el derecho a oposición en el marco del procedimiento, a solicitar medidas cautelares, a la defensa, a la notificación de los cargos que se le imputan, a la posibilidad de ejercer los diversos medios de impugnación que establezca el ordenamiento jurídico, así como los demás contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación especial que tipifique la conducta delictiva.¹²⁹

Esquema del Ejercicio: Retención de autobuses

¹²⁷ Casal, Los derechos humanos y su protección, pág. 90

¹²⁸ Casal, Constitución y justicia constitucional, pág. 303

¹²⁹ SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

En la medida en que la retención de los pasajeros hubiera excedido un tiempo razonable para el procedimiento de determinación de la identidad, podríamos estar en presencia de una privación de libertad. No impide tal calificación la circunstancia que el lugar de retención fue el mismo vehículo u no un lugar de detención, sino que sólo es determinante la imposibilidad de movimiento de los afectados. Por lo que atañe a la prohibición de continuar el traslado hacia el lugar de reunión, se trata de una limitación injustificada de la libertad de tránsito, así como de una afectación fáctica del derecho de reunión.

3.3.2 Otras limitaciones de la libertad, sin orden judicial

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, en su versión de 1998,¹³⁰ permitía ciertas restricciones de la libertad, sin orden judicial. Tales disposiciones han sido consideradas inconstitucionales por el *prof. Arteaga Sánchez*, por constituir medidas de coherción personal, que debían ser acordadas por orden judicial.¹³¹

El artículo 218 COPP-1998¹³² facultaba al funcionario encargado de practicar una inspección, para ordenar que durante la diligencia no se ausentaran las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca cualquiera otra. Quienes se opusieran podían ser compelidos por la fuerza pública. La restricción de la libertad podía ser impuesta por el funcionario sin orden judicial hasta por seis horas. El art. 189 COPP-2012 mantiene tal facultad, aún cuando no contiene la referencia a la ejecución por vía de la fuerza, así como tampoco la limitación temporal a la restricción de la libertad sin orden judicial. Sin embargo, incluso en el caso en que la medida no resulte imponible coactivamente, sin embargo, ello no le resta el carácter de privación de libertad, por lo que sólo puede ser acordada mediante orden judicial. La nor-

¹³⁰ Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 Extraordinario de 23 de enero de 1998

¹³¹ Arteaga, La privación de libertad en el proceso penal, pág. 37

¹³² Art. 203 COPP-2001; art. 203 COPP-2009;

ma mantiene la incompatibilidad con la garantía de reserva judicial, establecida en el art. 44, I de la Constitución.

El artículo 318 COPP-1998 facultaba al Ministerio Público para ordenar la aprehensión de personas que perturbaran el cumplimiento de un acto determinado y mantenerlas detenidas hasta su finalización. La aprehensión no podría durar más de seis horas. Tal facultad fue eliminada del texto del COPP-2009. Casal H., Jesús María: Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006 Por otra parte, el artículo 310 del COPP-2009¹³³ establecía que el mandato de conducción de un ciudadano ante el Ministerio Público, a fin de ser entrevistado sobre los hechos que se investigan, es dictado por el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público. Hasta entonces, el Ministerio Público sólo estaba facultado para requerir del Juez de Control el respectivo mandato de conducción.¹³⁴ El art. 292 del COPP-2012 restableció la facultad del juez para acordar tal medida.

3.3.3 Detenciones en reuniones públicas

La Comisión Interamericana de derechos Humanos ha dado cuenta de las observaciones emitidas por el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura sobre Venezuela en el mes de noviembre de 2014, en las cuales se indica que los datos oficiales aportados por el Ministerio Público informan de la detención de un total de 3.306 personas –incluidos 400 adolescentes– entre los meses de febrero y junio de 2014 en el contexto de las manifestaciones.

¹³³ Sancionado por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 2009

¹³⁴ Art. 310 COPP-2001;

Un alto número de estas detenciones habrían sido arbitrarias e ilegales, incluyendo los casos en los que se habrían practicado detenciones “en las residencias aledañas a los lugares de las manifestaciones”. Asimismo, el Comité expresó “su alarma ante informaciones concurrentes que denuncian actos de tortura y malos tratos de personas arrestadas” en este contexto. Señala el informe que, según datos oficiales del Ministerio Público, se iniciaron 185 investigaciones por trato cruel, de las cuales sólo se habrían presentado 5 acusaciones” y 2 investigaciones estarían siendo adelantadas por presunta tortura.¹³⁵

¹³⁵ CIDH Informe Anual 2014, Capítulo IV Venezuela, párr. 393