

ALGUNOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

**Controles de alcoholemia:
legislación y jurisprudencia.**

CARLOS VIDAL PRADO

Profesor Adjunto de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

«¿Qué siniestra argucia es ésta de declarar incompatible la libertad con el bien público? (...) Todo lo contrario. El renacer de España es obra de la libertad» (Azaña, en «Apelación a la República»).

SUMARIO

I. Introducción. II. Regulación legal de los controles de alcoholemia. 1. Antecedentes. 2. Situación actual. 3. Aspectos destacables de la regulación. II. Problemas que plantea la prueba de alcoholemia: conflictos con algunos derechos fundamentales. 1. Conflictos con el derecho a la libertad personal. a) Obligación de someterse a este tipo de pruebas. b) La situación de la persona sometida a un control de alcoholemia: posible equiparación a una privación de la libertad. c) La conducción a dependencias policiales o a presencia del juez. c.1) Necesidad de que los hechos revistan caracteres delictivos. c.2) La conducción del interesado a presencia del juez. d) La jurisprudencia constitucional sobre posibles modalidades de privación de la libertad. Referencia especial a la STC 341/93, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. d.1) Concepto de la privación de la libertad en la jurisprudencia constitucional. d.2) Análisis del Artículo 20 de la LOPSC (STC 341/93 y Votos particulares). 2. Las garantías en el control de alcoholemia. a) Derecho a no declarar contra sí mismo. b) El derecho a ser informado. c) El derecho a la presunción de inocencia. Valor probatorio de las pruebas de alcoholemia. d) La asistencia letrada en las diligencias policiales. e) Posible colisión con el Artículo 15 de la Constitución. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la libertad personal, protegido en el Artículo 17 de nuestra Constitución, se ve con frecuencia amenazado en algunas situaciones no suficientemente reguladas por nuestra legislación. Esta insuficiencia puede dar lugar a abusos en la utilización de ciertos recursos, fundamentalmente por parte de los agentes de las fuerzas de seguri-

dad, que disminuyen las posibilidades de protección a los ciudadanos que sufren estas actuaciones.

Existen algunos supuestos en que la actuación de los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado no consiste en practicar detenciones sino que, basándose en sospechas o como medidas de control preventivas frente a la comisión de un determinado delito, pueden realizar otro tipo de diligencias, provocando restricciones de su libertad a ciudadanos, por un tiempo más o menos limitado.

La inexistencia, en ocasiones, de regulación- y, como consecuencia, de control judicial- sobre estas actuaciones policiales ha provocado, de hecho, una «zona de sombra» en estas conductas, en algunos casos irrespetuosas con determinados derechos fundamentales. Un ejemplo de supuestos de este tipo son algunos controles policiales, y concretamente, para lo que a nosotros nos interesa, los controles de alcoholemia.

En principio, los controles policiales deberían ser realizados restrictiva y no indiscriminadamente, y respetando, en cualquier caso, las garantías que la Constitución exige para salvaguardar el derecho de libertad personal de los ciudadanos. Para privar de libertad a una persona es preciso que existan unos mínimos indicios racionales y objetivos de criminalidad¹.

Sin embargo, nos encontramos con que los hechos van por otro lado, y la práctica es muy diferente, especialmente en los controles de alcoholemia, que han sido definidos como aquellos «actos de investigación, que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o de una intervención corporal del imputado, permiten principalmente establecer el grado de alcohol ingerido»².

Estudiemos, a continuación, cuál es la legislación aplicable a estos controles, y, posteriormente, qué doctrina jurisprudencial ha seguido al respecto nuestro tribunal constitucional.

¹ Las detenciones indiscriminadas, sin que exista presunción delictiva, «con la única finalidad de comprobar la identidad del detenido, (...) suponen, sin duda, la comisión reiterada del delito de detención ilegal, pese a la tradicional impunidad en la que se desenvuelven». PORTILLA CONTRERAS, G: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Edersa. Madrid, 1990, p.265.

² GIMENO SENDRA, V: «El valor probatorio de los métodos alcoholométricos», en Revista La Ley, 1984, núm.4, p.1102.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LOS CONTROLES DE ALCOHOLEMIA

1. Antecedentes

En la década de los setenta, la Dirección General de Tráfico- entonces Jefatura Superior de Tráfico- dotó a las fuerzas encargadas de la regulación del tráfico de aparatos de detección de la tasa de alcohol en la sangre, para ser utilizados en pruebas realizadas a los conductores. El sometimiento a tales pruebas sólo se autorizaba cuando los conductores estuvieran implicados en accidentes de circulación o hubieran cometido alguna infracción grave de las reguladas en el art. 289 del Código de Circulación de 1934³.

La Orden Ministerial de 29 de julio de 1981, sobre circulación urbana e interurbana, vino a reglamentar la realización de estas pruebas, añadiendo a los dos supuestos indicados los siguientes: que el conductor presente síntomas de embriaguez, o que, sin darse ninguna de las circunstancias anteriores, un ciudadano sea requerido por la autoridad o cualquiera de sus agentes⁴. En cualquier caso, sólo establecía la posibilidad («podrá verse sometido»), no la obligación a someterse a la realización de la prueba.

2. Situación actual

Posteriormente, otras normas han venido a sustituir a ésta, de manera que, en la actualidad, serían aplicables las siguientes:

a) El Artículo 12 de la ley 18/89 sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial⁵, que establece la prohibición de circular por las vías públicas al conductor con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, drogas y similares. En el apartado 2 se dispone que «todos los conductores de ve-

³ Cfr. GARCÍA SANZ, M.: «Pruebas de alcoholemia. Normativa», en *Guardia Civil. Revista oficial y profesional*, núm 597, enero 1994, p.25.

⁴ Orden de 29 de julio de 1981 sobre circulación urbana e interurbana. Investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas. Su artículo 1 dice: «Todo usuario de vía, sea o no conductor, que se encuentre implicado directamente en un accidente de tráfico, podrá ser sometido a las pruebas de detección alcohólica. Así mismo, podrá verse sometido a dichas pruebas cualquier conductor que sea denunciado por una de las infracciones recogidas en el artículo 289, i) del Código de Circulación, presente síntomas evidentes de embriaguez o, aun en ausencia de estas circunstancias, cuando sea requerido al efecto por la autoridad o sus agentes dentro del programa de controles preventivos de alcoholemia.»

⁵ Aprobada por Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de marzo.



hículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación».

b) El Artículo comentado anteriormente ha sido desarrollado por los Artículos 20 a 26 del Reglamento General de Circulación⁶. Se establecen las tasas permitidas de alcohol en sangre, se recuerda quiénes están obligados a someterse a las pruebas (Artículo 12.2 de la ley 18/89), pero se detalla algo más. Los agentes pueden someter a dichas pruebas a los usuarios de la vía o conductores de vehículo implicados en un accidente, los que conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes de influencia de bebidas alcohólicas, los conductores denunciados por la comisión de alguna infracción del Reglamento de Circulación, e incluso los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos para realizar un control preventivo.

c) Hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal, se aplicaba a estos supuestos el Artículo 340 bis a) del Código Penal, dentro de los delitos «contra la seguridad del tráfico», cuya última redacción era la establecida por la L.O. 17/94, de 23 de diciembre.

d) El nuevo Código Penal, en su Art.380, tipifica como delito de desobediencia grave (art.556) la negativa a someterse a «las pruebas legalmente establecidas para comprobación de los hechos descritos en el Artículo anterior». El Artículo 379 de este Código sustituye al 340 bis a) del anterior. Debe entenderse que han de existir indicios del delito previsto en el Artículo 379 (conducción *bajo la influencia* de bebidas alcohólicas) para aplicar el tipo penal del Artículo 380⁷.

Finalmente, interesa resaltar que la LECr. no contempla los métodos de detección de alcohol, sustancias estupefacientes u otras similares, aun siendo prácticas muy frecuentes que pueden rozar, cuando menos, la vulneración de derechos fundamentales⁸. Sobre esta cuestión ya se llamó la atención hace años, reclamando una reforma que incluye la regulación de estos aspectos en la LECr.⁹

⁶ Lo que conocemos como el nuevo Código de la Circulación, aprobado por Real Decreto 13/92, de 17 de enero.

⁷ En nuestra opinión, no tendría sentido la aplicación de este artículo si el control es preventivo, puesto que entonces sólo procedería una sanción administrativa, pero nunca una privación de libertad: sería una medida desproporcionada, contraria a la jurisprudencia del TDEH. Vid. infra, notas 19.85 y 86.

⁸ Cfr. ARAGONESSES MARTÍNEZ, S., en De la Oliva, A. y otros, *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, 1995, pp. 382 y 383.

⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, V.: «Valor probatorio de los métodos alcoholométricos», op. cit., pp.1107 y 1109.

3. Aspectos destacables de la regulación

Todo lo que se refiere a la fijación de las tasas máximas permitidas de alcohol en sangre no entra dentro del objeto de nuestro estudio. No obstante, hemos de aclarar que no es lo mismo superar esas tasas de alcohol que incurrir en el tipo penal descrito en el Artículo 379 del nuevo Código Penal (y en el Artículo 340 bis a) antiguo), puesto que éste exige que se conduzca un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, nos parece que deben darse las dos circunstancias para poder aplicar el tipo: no es suficiente superar la tasa, sino que debe demostrarse que ésta influye en la conducción¹⁰.

Lo que sí interesa a nuestro estudio es el modo de actuar de los agentes de la autoridad ante las diversas posibilidades que se plantean una vez que se insta a un conductor para someterse a un control. Si el ciudadano acepta la realización de la prueba y el resultado es negativo, no existiría ningún problema: la única opción posible es dejarle en libertad. Si el resultado es positivo, la persona debe ser informada de los derechos que le corresponden, en relación con las posibles alegaciones que puede formular, la realización de una segunda prueba y de análisis en un centro sanitario¹¹. Llamamos la atención sobre dos expresiones

¹⁰ STC 22/88, de 18 de febrero (ponente: García-Mon y González-Regueral). Fundamento jurídico 3.

STC 145/85, de 18 de octubre (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4. STC 148/85, de 30 de octubre, (ponente: Begué Cantón) fundamento jurídico 4.

¹¹ Art. 23.1 del reglamento General de la Circulación: «Si el resultado de la prueba practicada diera un previsto de impregnación superior a 0.8 grados de alcohol por 1000 centímetros cúbicos de sangre o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 del presente reglamento, o, aun sin alcanzar estos límites, presentará la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente informará al interesado que para una mayor garantía le va a someter, a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba.

2. De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y segunda prueba medie un tiempo mínimo de diez minutos.

3. Igualmente, le informará el derecho que tiene a formular cuantas alegaciones y observaciones tenga por conveniente, por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviere, las cuales se consignarán por diligencias, y a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuado.

4.(...) El importe de dichos análisis correrá a cargo del interesado cuando el resultado sea positivo, y de los órganos periféricos de la jefatura Central de Tráfico o de las autoridades municipales competentes, cuando sea negativo». Así se indicaba también en el artículo 4 de la Orden de 29 de julio de 1981.

que se utilizan en el Artículo 23 del citado Reglamento: cuando habla del derecho a controlar las pruebas, se dice que lo puede hacer «por sí o cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes»; y al señalar la posibilidad de plantear alegaciones, se dice que puede hacerse «por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviese».

Resulta sorprendente esta redacción, por cuanto deja a expensas de circunstancias aleatorias la posibilidad de defenderse por medio de un acompañante o abogado defensor, y no se determina la necesidad de requerir la presencia de un abogado en el desarrollo de las diligencias.

II. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA: CONFLICTOS CON ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En principio, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, admite la constitucionalidad de las pruebas de alcoholemia, aunque nunca las ha analizado en abstracto y teniendo en cuenta todos los elementos que la conforman. Sin embargo, en alguna ocasión no se ha mostrado tan contundente al respecto, como en la STC 100/85, en la que afirma que «sin entrar a debatir ahora, por no ser pertinente, la constitucionalidad en abstracto de la prueba de alcoholemia...»¹². Parece que sí se ha planteado, al menos, la posibilidad de debatir sobre la admisibilidad de la prueba de alcoholemia, globalmente, aunque no lo haya hecho por ahora. Se ha limitado a establecer algunas garantías¹³ y analizar aspectos parciales del procedimiento, que nos servirían para estudiar los problemas que plantea.

1. Conflictos con el derecho a la libertad personal

a) Obligación de someterse a este tipo de pruebas

El Tribunal Constitucional ha determinado que nadie puede ser compelido a realizar la prueba de alcoholemia. Este criterio era el que

¹² STC 100/85, de 3 de octubre, (ponente: Díez-Picazo) Fundamento jurídico 2.

¹³ FAIRÉN GUILLÉN, V. (Cfr. *La identificación de personas desconocidas. Comentarios al artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 60. nota 28) afirma que la prueba de alcoholemia «en determinados casos y con determinadas garantías no es inconstitucional», citando las SS.TC 107/85, de 7 de octubre (ponente: Rubio Llorente), y 22/88, de 18 de febrero (ponente: García-Mon y González-Regueral).

se sostenía en la regulación previa a la nueva Ley de Tráfico y al Reglamento General de Circulación, que entraron en vigor en 1990 y 1992, respectivamente. Pero, como hemos visto, esta nueva normativa - y el Artículo 380 del nuevo Código Penal, en el supuesto de que haya indicios del delito tipificado en el Artículo 379- establece la obligatoriedad de ese sometimiento. Aunque el Tribunal se refiere, más bien, al hecho de no poder forzar a nadie a realizar las pruebas, y no a la obligatoriedad, nos parece claro que, al menos, se debería haber determinado alguna garantía para que no en todos los casos fuese obligatorio. Al no hacerlo así, se está posibilitando que, en muchas ocasiones, el ciudadano al que se le hace el control ni siquiera sepa que tiene derecho a negarse, y aunque no sea forzado físicamente, no se le está respetando la libertad de decidir sobre la realización o no de la prueba.

El Tribunal Constitucional, afirmaba, en 1983, lo siguiente: «En modo alguno puede decirse que la determinación del grado de alcohol en sangre constituya una prueba anticonstitucional, sin perjuicio, naturalmente, *del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba* y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar, así como las presunciones que de ello se puedan fundar»¹⁴.

Recientemente, ya con posterioridad a la nueva normativa, el Tribunal vuelve a insistir en esta tesis, estableciendo una distinción entre el análisis del sometimiento en sí a las pruebas, que no considera inconstitucional, y a la obligatoriedad de someterse a ellas. Es decir, que el interesado podría negarse a la realización de estos controles. La prueba de alcoholemia es «una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente, *y a cuya práctica puede éste negarse, y ha de saberlo*, porque la prueba misma no puede considerarse lícitamente realizada si no se le informa sobre este extremo. Por ello, el propio Artículo 520.5 LECr. autoriza la renuncia a la asistencia letrada, que en otros aspectos, no sería admisible»¹⁵.

¹⁴ ATC 62/83, de 16 de febrero, (Sala Segunda: Arozamena, Díez-Picazo y Tomás), Fundamento jurídico 2. La cursiva es nuestra.

¹⁵ STC 252/94, de 19 de septiembre, de 18 de febrero (ponente: Rodríguez- Piñero) Fundamento Jurídico 4. La cursiva es nuestra.

Teniendo en cuenta esta doctrina - que el Tribunal no ha mantenido siempre¹⁶-, cobra especial relevancia la voluntariedad del interesado ante la realización de las pruebas.

Si en la STC 341/93, sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, el Tribunal descarta la idea de la voluntariedad para justificar el traslado a dependencias policiales del no identificado, en este caso no ocurre lo mismo.

En consecuencia, con lo dispuesto en el Artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, la persona no identificada no tiene opción para elegir una conducta positiva o negativa ante el requerimiento de los agentes, puesto que la ley impone una de ellas. El Tribunal rechaza el argumento del Abogado del Estado, puesto que, efectivamente, el individuo *voluit, sed coactus voluit*¹⁷. Esta tesis, sin embargo, viene matizada por algún sector doctrinal, al considerar que el término «requerir», que sustituyó en la elaboración parlamentaria de la LOPSC al término «instar», concede un «sentido de voluntariedad al acto de acompañamiento a dependencias policiales». El problema, efectivamente, es cómo calificar la actuación de los agentes de la autoridad en caso de negativa del individuo al acompañamiento. Si lo trasladan contra su voluntad, estaríamos ante una clara situación de privación de libertad asimilable a la detención¹⁸.

¹⁶ La verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito. La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico». Cfr. STC 107/85, de 7 de octubre (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 3. STC 341/93, de 18 de noviembre, (ponente: García-Mon y González-Regueral), fundamento jurídico 4.

¹⁷ Entender que el artículo 20 faculta la detención por infracciones de carácter administrativo sería contraria al régimen procesal-penal de garantías establecidas en la LECr. y en el art. 25.3 de la CE., que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de la libertad». Cfr. PORTILLA CONTRERA, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana», en AA.VV., Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera. Editorial Trotta, Madrid, 1993, p. 103.

Un supuesto parecido se da en el caso del control de alcoholemia. Al aceptar la postura negativa de la persona ante la realización de las pruebas, podría interpretarse que si, a pesar de ese rechazo, los agentes obligan a su realización, ya sea con desplazamiento o no a la dependencias policiales, están privando de su libertad a esa persona, pues no le permiten «autodeterminar» su conducta.

b) La situación de la persona sometida a un control de alcoholemia: posible equiparación a una privación de la libertad.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la situación en la que se encuentra una persona mientras realiza el control de alcoholemia, incluso si tiene que trasladarse a dependencias policiales por el tiempo estrictamente necesario para realizar esta diligencia, no es equiparable a la privación de la libertad del Artículo 17 de la Constitución¹⁹. Pero, como tendremos ocasión de comprobar, y ya se ha comentado por algunos autores, hay manifestaciones de la jurisprudencia constitucional contradictorias sobre la cuestión, fundamentalmente la formulada para justificar la constitucionalidad del Artículo 20.2 de la ley de Seguridad Ciudadana.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, nos parece que la forma de actuar correcta por parte de los agentes es la de preguntar si el ciudadano desea o no someterse a la prueba. A partir de aquí, pueden darse diversos supuestos: aceptación voluntaria o rechazo del control; existencia o no de indicios del delito tipificado en el Artículo 379 del nuevo Código Penal; resultado positivo o negativo de la prueba de alcoholemia.

A nuestro parecer, si el ciudadano rechaza las pruebas y existen indicios de criminalidad, los agentes de las fuerzas de seguridad podrán hacer uso de las facultades que les otorga el ya citado Artículo 492.4 de la LECr., procediendo a la detención y conducción del detenido al juzgado, ante la presencia de la autoridad judicial. Con la aplicación del nuevo Código Penal pueden también detener a la persona que se niegue a someterse a las pruebas para la comprobación de los hechos descritos en el Artículo 379.

¹⁹ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García -Mon y González Regueral), fundamento jurídico 1.

²⁰ Recuérdese que el artículo 17.1 de la Constitución dice textualmente: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

Pero si no existen indicios del delito, no se puede forzar a nadie a realizar estas pruebas contra su voluntad, ya que estaríamos ante una clara privación de la libertad, contraria al Artículo 17.1 de la Constitución²⁰, y que carecería del amparo legal. Situación en la que, además, al no ser considerada detención, no se aplicarían las garantías previstas en el Artículo 17 de la Constitución, según la interpretación de la jurisprudencia constitucional²¹. Sin embargo, la confusión se plantea al estudiar la normativa vigente, que, como sabemos, sigue el criterio de la obligatoriedad.

La negativa a la realización del control -salvo que existan indicios delictivos contra la seguridad del tráfico, en cuyo caso podría aplicarse el tipo penal del Artículo 380 del nuevo Código Penal²²-, sólo puede dar lugar a una sanción administrativa²³, sin que la administración esté autorizada²⁴, según lo dispuesto en el Artículo 25.3 de la Constitución, a imponer sanciones privativas de libertad²⁵. La detención -o la reten-

²¹ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), Antecedente 3 y fundamento jurídico 1. Si el artículo 17.1, como hemos visto, establece que nadie puede ser privado de su libertad sin observar lo establecido en dicho artículo, nos parece que la interpretación debería haberse realizado en favor de la libertad, y reconociendo la necesidad de aplicar las garantías a cualquier situación de privación de libertad, aunque no sea una detención desde el punto de vista legal.

²² El art. 380 hace referencia a los artículos 379 (conducción bajo influencia del alcohol y otras sustancias) y 556 (desobediencia). Este doble aspecto podría plantear problemas sobre los elementos necesarios para incurrir en el delito tipificado en el art. 380: Si es suficiente con la negativa a realizar las pruebas, o si además deben darse los elementos del tipo de la desobediencia.

²³ Art. 52 del Código de la Circulación y el art. 8 de la antigua Orden.

²⁴ Estableciendo un paralelismo con el contenido del derecho a la presunción de inocencia, del mismo modo que se ha dicho que sería «injusto que de la negativa a hablar puedan derivarse indicios de culpabilidad» (Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*, op. cit., p.98), podríamos afirmar que lo sería también en el caso de la negativa a realizar la prueba. No puede caerse en la misma «sospecha genérica» hacia todos los ciudadanos que se le ha achacado al artículo 20 de la ley de Seguridad Ciudadana. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana*, op., p.53.

²⁵ No existe la obligación procesal de prestarse voluntariamente a la realización de las pruebas, ni en función del art. 127 del Código Civil ni de los preceptos de la LECr. Así lo sostienen, además de PORTILLA (op. cit., p.267), LORENTE HURTADO: «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia Constitucional», en el *poder judicial*, 1, marzo 86, p.60; GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a la libertad y sus restricciones en el ordenamiento español», en *Reforma Política y Derecho*, Colección de temas Constitucionales, ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p.43. Así lo reconoció la Circular num. 2/86, de 14 de febrero, que sostenía que «se trata de un acto voluntario, pues no existe obligación legal de someterse a la prueba de precisión sobre el grado de impregnación alcohólica, ni la del análisis de sangre, sin perjuicio de la sanción administrativa en que se pudiere incurrir con la negativa». Esto coincide con la ya citada jurisprudencia constitucional (STC 252/94, de 19 de septiembre (ponente: Rodríguez-Piñero), pero no con la actual legislación sobre la materia.

ción- llevada a cabo en estos supuestos sería inconstitucional, a pesar de lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la STC 107/85, de 7 de octubre, que considera que el requerimiento para realizar una prueba de alcoholemia no supone detención, «porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña vigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado (...) Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de la detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por él mismo del tipo descrito en el número 1, del Artículo 340 bis a), del Código Penal»²⁶.

En una ocasión posterior, el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional sostiene que «la norma que permite la detención del conductor de un vehículo de motor en un control preventivo, aunque no existan indicios de infracción, para la realización de una prueba de alcoholemia, no tiene dimensión constitucional, y por tanto no supone violación alguna del Artículo 17.1 de la Constitución»²⁷. La doctrina constitucional, a partir de estas afirmaciones, abunda en sus tesis anteriores. El propio Tribunal, aunque no de modo tan contundente, confirma lo dicho por el Ministerio Fiscal, al sostener que «el sostenimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación, y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el Artículo 17 de la Constitución»²⁸.

No queda claro, a la luz de esta jurisprudencia, por qué razón el Tribunal no considera privación de la libertad la realización de la prueba a pesar de una hipotética negativa del interesado. En este caso, es evidente que se le estaría obligando a actuar contra su voluntad, sin dejarle ejercer su derecho a la libertad²⁹. El Tribunal no aclara en qué se diferenciaría

²⁶ STC 107/85, de 7 de octubre, (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 3.

²⁷ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), antecedente 3.

²⁸ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 1.

²⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera también este supuesto como una privación de la libertad, aunque la considera necesaria si se trata de asegurar el cumplimiento de una obligación legal. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 13 de diciembre de 1979, siguiendo lo dispuesto por la decisión 8239/78, de 4 de diciembre, estableció que «la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una

esta privación de la libertad de una detención, o , al menos, por qué no estaría dentro de los supuestos del Artículo 17.1 de la Constitución.

Nosotros, junto con un amplio sector doctrinal³⁰ que así lo ha manifestado, discrepamos de esta interpretación del Tribunal, que además, no siempre se mantiene clara en su jurisprudencia, puesto que, en ocasiones -lo podremos comprobar más adelante-, acepta distintas modalidades de privación de libertad.

Nos parece que, aunque no hubiera detención, sí hay privación de libertad, sin tener que vincular la existencia o no de la misma al resultado positivo de la prueba, que, según la tesis del Tribunal, es suficiente indicio de criminalidad para practicar la detención, y, hasta ese momento, ésta no existiría. Ante un rechazo a la realización de la prueba, si ésta se realiza, se está vulnerando la libertad de movimientos del individuo, puesto que lógicamente, para realizarla, hay que detener el vehículo y, aun cuando sea por un breve espacio de tiempo, se priva de libertad al conductor³¹.

Existiría privación de libertad desde el instante en que el sujeto no consiente la realización de dicha prueba, se den o no motivos bastantes de criminalidad. Por lo que no es necesario esperar al resultado del control realizado para afirmar el estado de detención al que se encuentra sometido el ciudadano, durante el cual es perceptivo que se le informe de las garantías que le asisten, tanto según lo dispuesto en el Artículo 17 de la Constitución como en el 520 LECr. y demás normas complementarias³². En el caso de que existan indicios delictivos -de los tipificados en el Artículo 379-, la situación se aclara con el citado Artículo 380 del nuevo Código Penal, porque ante la negativa no cabe otra

privación de libertad, incluso aun en el caso de que dicha privación sea de corta duración, pero necesaria para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley». Al tratarse de una privación de libertad, la ley, según lo dispuesto en la CE, debería ser orgánica.

³⁰ Vid. op. cit. de PORTILLA CONTRERAS, GIMENO SENDRA, FAIRÉN GUILLÉN, QUERALT, etc.

³¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V: «El valor probatorio de los métodos alcoholométricos», op. cit., p.1103.

³² Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Op. cit., p.269. Se refiere a la Orden Ministerial de 1981, puesto que no se habían aprobado todavía las actuales: «no sólo las garantías establecidas en el artículo 520 de la LECr, sino también de las previstas en el artículo 4 de la citada Orden, cuyo incumplimiento determina la ilegalidad de la detención practicada».

conducta que la detención del individuo por parte de los agentes, y como consecuencia, la aplicación de las garantías del Artículo 17 de la Constitución.

Las otras situaciones enunciadas al principio de este apartado serían las derivadas de una aceptación voluntaria de la prueba. Si el resultado es negativo, es obvio que se debe dejar en libertad al individuo. Si es positivo, caben dos posibilidades: que haya indicios de criminalidad o no. En el primer caso, debe entenderse que el ciudadano se ha visto implicado en un accidente o en un hecho que puede constituir delito de los tipificados en el Artículo 379. En tal supuesto, el funcionario puede proceder a la detención del individuo, según lo dispuesto en el Artículo 492.4 de la LECr., conduciéndolo posteriormente a presencia del juez.

Pero si no existen indicios de criminalidad, pensamos que, a pesar del resultado positivo, no puede procederse a la detención, «pudiendo adoptarse como única medida posible (...), en ningún caso la privación de la libertad de movimientos, sino la inmovilización del vehículo hasta que el sujeto esté en condiciones idóneas para conducir»³³. Esta es la opinión que, a pesar de la doctrina del Tribunal Constitucional³⁴, defendemos junto con otros autores, y que intentaremos fundamentar en los próximos apartados.

³³ PORTILLA CONTRERAS, G. (Cfr. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. op. cit., p.266 y 267), distingue, dentro de las pruebas con resultado positivo, entre las que arrojan una tasa de alcohol superior o inferior a la permitida, negando la legalidad de la «retención» en caso de que el grado de impregnación sea superior, y no haya ocurrido un accidente o el hecho pueda constituir delito. Sin embargo, en la cita entrecomillada, afirma que no puede haber privación de libertad «en aquellos casos en que el resultado no dé positivo». Nos parece que debería haberse referido a aquellos casos en los que el resultado refleje un grado de impregnación de alcohol en sangre superior al permitido, pero no se haya producido ningún indicio de criminalidad. Quizá hayamos entendido mal el sentido de esta frase, porque nos parece una obviedad decir que si el resultado no da positivo, -es decir da negativo-, no puede privarse de libertad a un ciudadano. Y en este caso, sería absurdo inmovilizar el vehículo.

³⁴ Como tendremos ocasión de comprobar, en algunas sentencias el TC distingue entre detención y privación de libertad, y partiendo de esta distinción acepta en algunos supuestos de privación de libertad que no considera detención (STC 341/93, de 18 de noviembre, (ponente: García-Mon y González-Regueral) fundamento jurídico 4), contradiciendo otras sentencias en las que el propio TC manifiesta que no puede haber categorías intermedias entre la libertad y la detención (STC 98/86, de 10 de julio, (ponente: Díez-Picazo) fundamento jurídico 4).

c) La conducción a dependencias policiales o a presencia del juez.

Establece el Artículo 24.3 del Reglamento General de Circulación que, en caso de resultado positivo en la prueba, el agente deberá «conducir al sometido a examen, o al que se negare a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revisieran caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al juzgado correspondiente a los efectos que procedan».

El análisis de este Artículo plantea fundamentalmente dos cuestiones problemáticas.

c.1) Necesidad de que los hechos revistan caracteres delictivos.

La *primera* de ellas es la necesidad de que los hechos «revistan caracteres delictivos», es decir, que el interesado, al menos, aparezca presuntamente implicado en una conducta delictiva.

A este respecto, hemos de tener en cuenta que el delito tipificado por el Artículo 340 bis a) del antiguo Código Penal requería «no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica (...) sino que además, esa circunstancia influya o se proyecte en la conducción»³⁵. En el Artículo 379 del nuevo Código -ya lo hemos comentado- se mantiene simplemente la necesidad de influencia en la conducción. Es éste un criterio claro para el Tribunal Constitucional. En otra sentencia, al analizar el valor de la prueba de alcoholemia como determinante del delito, afirma que dicho supuesto «no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas»³⁶.

«La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo de tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol»³⁷. No basta

³⁵ STC 22/88, de 18 de febrero (ponente: García-Mon y González-Regueral), fundamento jurídico 3.

³⁶ STC 145/85, de 28 de octubre (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4.

³⁷ «Dicha ponderación -continúa esta sentencia- habrá de efectuarla el juez ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales». STC 148/85, de 30 de octubre, (ponente: Bengué Cantón) fundamento jurídico 4.

constatar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que es también necesario «comprobar su influencia en la conducción, comprobación que, naturalmente, habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba que, obrantes en autos, reúnan dichas garantías»³⁸.

Siguiendo este criterio, ya hemos afirmado que no podrían tomarse medidas privativas de libertad con aquellos ciudadanos que den positivo en la prueba de alcoholemia, y que no hayan protagonizado ninguna infracción ni accidente alguno³⁹. En esos supuestos, no parece que el resultado positivo pueda considerarse un indicio de criminalidad suficiente para privar de libertad a una persona, porque estaríamos de nuevo ante un ilícito administrativo, a partir del cual no puede imponerse una sanción de este tipo. Y, en todo caso, debería regularse en una ley orgánica, por tratarse de uno de los derechos recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo del título primero de la Constitución.⁴⁰

Aunque el resultado de la prueba sea positivo, y el grado de impregnación de alcohol en la sangre sea superior al permitido, no puede privársele de la libertad si no ha cometido algún delito que justifique

³⁸ STC 22/88, de 18 de febrero (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 3.

³⁹ En este sentido, nos parece totalmente rechazable la posibilidad que se plantea en el artículo 23.1 del Reglamento General de Circulación en el sentido de permitir a los agentes que, aunque no llegue a superar el grado de impregnación de 0.8 grados, realicen una segunda prueba si «presentara la persona síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas». Esto supone dejar en manos de los agentes una decisión fundamental, que puede ser clave para el respeto o no de los derechos constitucionalmente reconocidos.

⁴⁰ «La ley que ha de autorizar dicha privación de la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la CE, ha de revestir la forma de ley orgánica». GIMENO SENDRA, V: «El valor probatorio de los métodos alcoholométricos», op. cit., p.1104. Cfr. también MIR PUIG, S: *derecho penal parte general*. PPU, Barcelona, 1990, tercera edición, pp. 88-90, en las que se recoge la doctrina de T.C. sobre la reserva de Ley Orgánica.

Es más, no debe dejar esa ley orgánica ningún aspecto que se refiera a la posible privación de libertad pendiente de desarrollo por normas de rangos inferiores. FAIRÉN GUILLÉN advierte de este riesgo, al hablar de la disposición final de la ley de Seguridad Ciudadana, que deja en manos del Gobierno el desarrollo de dicha ley: «desconfío profundamente -afirma que- de la amplitud que de esa potestad reglamentaria va a tomarse el Ejecutivo». Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana*, op. cit., p.62.

esa medida⁴¹. Por tanto, no es constitucionalmente admisible que el funcionario «conduzca» al interesado a presencia judicial, ni, como se establecía en la normativa anterior, «retenga» al ciudadano hasta que se estime que han pasado los efectos de la intoxicación alcohólica⁴².

c.2) La conducción del interesado a presencia del juez.

El segundo problema lo plantea la propia conducción, que puede encubrir una retención policial, concepto bastante confuso, que aun significando una privación de libertad, no permitiría al individuo gozar de los derechos garantizados por la Constitución en su Artículo 17. Parece preferible que, en caso de que se dieran los requisitos legales, se procediera directamente a la detención. Si no se dan esos requisitos, la única opción posible debería ser dejarle en libertad⁴³. Sin embargo, no es así.

Tanto el caso de un traslado a dependencias policiales para realizar alguna diligencia complementaria, como en el de la conducción a presencia del juez, no estaríamos ante una «detención», sino ante una «retención». Y al no estar el ciudadano detenido, no procedería exigir la aplicación de los derechos y garantías legales reconocidos a los detenidos. Esta es una práctica frecuente, que, en nuestra opinión, ha dado lugar a numerosos abusos y violaciones de derechos.

De hecho, en publicaciones propias de las fuerzas de seguridad, en las que se dan instrucciones sobre el modo de actuar, se pone de relieve hasta qué punto no se entiende, ni siquiera, la actual regulación. Como muestra de ello, se dice que, en los supuestos del Artículo 24 del Reglamento General de Circulación, «el agente de la autoridad procederá a la detención del implicado, instruyendo las correspondientes diligencias con arreglo a la ley de Enjuiciamiento Criminal y por infracción del Artículo 340 bis a) del vigente Código Penal, que se entregarán con los inculpados en el juzgado correspondiente»⁴⁴.

⁴¹ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, op. cit., pp. 266 y 267.

⁴² Así se preveía, explícitamente, en el artículo 5 de la orden de 29 de julio, que hablaba de «la retención del afectado en un lugar adecuado».

⁴³ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA, A, y otros, *Derecho Procesal Penal*, op. cit. p.385.

⁴⁴ GARCÍA SANZ, M :»Pruebas de alcoholemia. Normativa», en *Guardia Civil. Revista Oficial y profesional*, núm. 597, enero 1994, p.27.

Es decir, para nada se tiene en cuenta la necesidad de que haya indicios de delito, sino que, en cuanto se produce un resultado positivo, se procede, según este texto, a la detención. Es un ejemplo de la confusión a la que puede llevar la inexactitud de una norma. Se utiliza el término «detención» para describir una situación del individuo en la que, sin embargo, no goza de las garantías aplicables a ese supuesto de privación de libertad⁴⁵.

La inexistencia de regulación legal y control judicial ha dado lugar a algunas conductas lesionatorias de determinados derechos fundamentales. Además, «a la extensión de esta técnica ilegal de privación de libertad ha contribuido también el hecho de que determinadas leyes y algunas sentencias utilizarán los términos retención y detención indistintamente, según la mayor o menor duración de la privación de libertad».⁴⁶

Desde el punto de vista penal, la retención es uno de los modos posibles de detención, y por supuesto, una forma de privación de libertad. Se la ha definido como «aquella privación de libertad de un ciudadano llevada a cabo por un funcionario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, faltando los presupuestos penalmente previstos de

⁴⁵ Los peligros de la complicación terminológica son también advertidos por FAIRÉN GUILLÉN, que, con acierto, anticipa lo que podría ser la expresión más usual de los agentes, en el caso de la negativa a identificarse del art.20 de la ley de seguridad ciudadana: «le llevo a usted detenido» sería la versión «popularizada» del artículo, lo cual puede perfectamente aplicarse al supuesto del control de alcoholemia. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas, Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la seguridad ciudadana*, op. cit., p.99, nota 54.

⁴⁶ PORTILLA CONTRERAS, G: Delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Op. cit., p.259. Cita como ejemplos los art. 31.2 y 38 del E.A. de Cataluña, el 23.3 del de Andalucía, el 26.2 del de Asturias, el 18.5 del de La Rioja, el 26.1 del de Extremadura. También las sentencias de la Sala penal del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1980 (Aranzadi 3662, ponente: Huerta y Álvarez de Lara) y de 16 de octubre de 1986 (Aranzadi 5623, ponente: Vivas Marzal). Así mismo mencionan la retención el Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982, en su artículo 22, y la L.O. 3/81, de 6 de abril, del defensor del pueblo, en su artículo 6.3, para extender la garantía de inmunidad a tal figura. Pero en «ninguna norma de rango legal permite a funcionario alguno practicar actuaciones semejantes. Por ello, la «retención es absolutamente anticonstitucional». Cfr. GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, N: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p.83. En el mismo sentido, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentarios al Art. 20 a la Ley de la seguridad Ciudadana*, op. cit., p.71, nota 38. Cita otras dos normas: la ya conocida O.M de 29 de julio de 1981, y el artículo 504, III, de la LECr., según su redacción por la ley 9/84, de 26 de diciembre, en el que aparece la expresión «el inculpado retenido en prisión provisional (...)».

criminalidad o indicios de la misma, así como voluntad posterior puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial competente, lesionándose, así mismo, el ejercicio al derecho de la defensa por parte del retenido»⁴⁷.

El problema de su duración no tiene relevancia a la hora de calificarla como privación de libertad o no. Y, por lo tanto, en el caso de la retención deberían respetarse las mismas garantías que se reconocen al ciudadano sometido a detención⁴⁸, porque de otro modo, estaríamos legitimando la práctica policial de utilizar este nombre para privar al ciudadano de sus derechos, lo que convierte la retención en claramente anticonstitucional⁴⁹.

En contra de nuestra tesis, algunos autores son favorables a la regulación de la «retención momentánea por parte de la Policía, que debería ser razonada, que haga posible el poder trasladar a una dependencia policial a cualquier persona, a los efectos de una total comprobación de identidad y de las posibles responsabilidades pendientes, sin necesidad de acusación concreta por el delito»⁵⁰. Este concepto de re-

⁴⁷ PRATS CANUT, JM: *Retención policial* (Lección magistral inédita), p.2 Citado en PORTILLA CONTRERAS, G: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, op. cit., p.258. GÁLVEZ MONTES define la retención como «momentánea privación de libertad para la práctica de diligencias identificadoras y otros análogos». Cfr. GÁLVEZ MONTES, J: «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1984, tomo II, p.392.

⁴⁸ Tendría relevancia la duración a efectos de imponer una sanción por la ilicitud de la actuación de los agentes del Orden Público. «La retención, como figura intermedia entre la detención y la libertad, constituye, siempre que no entre en los supuestos del artículo 492 de la LECr., un delito de detención ilegal, no sólo por la infracción del principio de presunción de inocencia, sino por no respetar las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución. Así, QUERALT considera que con la retención se vulnera doblemente la esfera jurídica fundamental del ciudadano. Por otro lado, se le priva ilegítimamente de libertad, y, por el otro, se retrasa, pese a su pérdida de libertad, la puesta en marcha del mecanismo de su defensa». PORTILLA CONTRERAS, G: *El delito de práctica ilegal de detención y por funcionario público*. Edersa, Madrid, 1990, pp.259-260. La cita de QUERALT JIMÉNEZ, JJ, le corresponde a su obra, *El policía y la Ley*. Barcelona, 1986, p.148.

⁴⁹ Cfr. GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, N: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Op cit., p.83.

⁵⁰ Se afirma también que con esta regulación se «acabarían los abusos y daría seguridad jurídica al ciudadano. En segundo término, facilidades para la investigación y transparencia en la actuación policial. Y por último, acomodar el derecho a una situación que se viene haciendo por libre y con cierta ligereza». MOYA, A: «las redadas, ¿Detención o qué?», en *Policía y sus sindicatos en España*, Madrid, 1982, p.171.

tención entra en conexión con otros supuestos parecidos que han sido reconocidos en la legislación alemana, italiana y francesa, y que se han calificado como dudosamente compatibles con sus respectivas constituciones. En esos países se ha regulado el contenido del instituto de la «retención»⁵¹.

Nuestra Constitución, como es sabido, no admite la retención. Como ya existía en otros países, nuestros constituyentes hubieran podido admitirla, pero, acertadamente, no lo hicieron⁵².

La figura de la retención, tal como se concibe en la práctica actualmente -una privación de libertad basada en la sospecha o en la intuición del funcionario, sin que haya indicios⁵³- no debe institucionalizarse, ni ser respaldada por la legislación. Sería tanto como permitir un ámbito de actuación discrecional de la policía, que no actuaría como policía judicial, puesto que no media ninguna petición del juez, y que no respetaría las garantías exigidas por el Artículo 17 de nuestra Carta Magna.

El Tribunal Constitucional no ha contribuido a aclarar la situación. Lo que se debe conseguir es garantizar los derechos de los ciudadanos

.....

⁵¹ En Alemania existen algunas leyes -sobre las que se ha puesto en duda su constitucionalidad- que prevén ciertas formas de privación de libertad sin que haya indicios de criminalidad, como la ley antiterrorista de 14 de abril de 1978. También en Italia, la ley de 12 de mayo de 1975, se basa no en la presunción de inocencia, sino, como dice Palazzo, en la «Lógica del sospechoso». En Francia se permiten investigaciones policiales preliminares sin presencia del control judicial. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Op. cit., pp.217 y 218;224;227 y 228. Vid. También PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la Libertad y Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera, op. cit., pp.81,91.

⁵² «Hubieran podido hacerlo, pero no lo hicieron». FAIRÉN GUILLÉN, V: « *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*), op. cit., pp.68 y 69.

⁵³ La retención está basada en «una intuición del funcionario elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción no delictiva». Como afirmaba PORTILLA, supone la institucionalización de la «lógica del sospechoso», lo cual no es compatible con una mínima seguridad jurídica para los ciudadanos. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la Seguridad Ciudadana», en AAVV., *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, op. cit., p.104. Sobre esta cuestión, cita diversas publicaciones: QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «La Retención policial es una detención inconstitucional», en *Actualidad Penal*, num. 38, 1989, pp.2093-2094; IBÁÑEZ, A: «Viaje a la prehistoria de las garantías: La modernización de la ley Corcuera, en *Jueces para la Democracia*, num.13, 1991,p.6.

que se encuentren en esas situaciones. Quizá una posible solución sea la de «asimilar esas retenciones a la detención, con todos los derechos de garantía que de ella nacen para el sujeto»⁵⁴. En esta línea parece interpretarse la inclusión del Artículo 380 en el nuevo Código Penal: al menos se plantea la necesidad de la detención ante la negativa, si existen indicios de delito previos.

d) La jurisprudencia constitucional sobre posibles modalidades de privación de libertad. Referencia especial a la STC 341/93, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

d1) Concepto de privación de libertad en la jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional ha intentado dejar claro que, en el caso de los controles de alcoholemia, no se aplican las garantías del Artículo 17 porque no hay privación de libertad. Sin embargo, los conceptos que emplea en su jurisprudencia no son siempre de igual significado.

Al señalar que las garantías del Artículo 17.3 corresponden al detenido, define a éste como «quien haya sido privado provisionalmente de su libertad en razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención de la misma, según prescribe el núm. 2 del mismo Artículo».

El Tribunal considera que esta situación es diferente a la del que «conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque *ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto*, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto (...). Por la realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes

⁵⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op.cit. p.77. En este mismo sentido, PORTILLA afirma que «la privación de la libertad cautelar sólo puede reconducirse a las vías de detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el art. 17 de la CE, sin que quepa alguna limitación de la libertad diferente de aquellas». Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de Seguridad Ciudadana», en AAVV. *Seguridad Ciudadana. Materiales de Reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, op. cit., p.104.

del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el Artículo 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico⁵⁵».

Sin embargo, el Tribunal en otra sentencia, parece que amplía este concepto: considera como detención «cualquier situación en que la persona se vea impedida y obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, *sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad* y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona»⁵⁶.

Quizá lo más destacable es que el Tribunal considera que «no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad- en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean»⁵⁷.

Como se comprenderá, esto contrasta radicalmente con lo antes reseñado, porque en el caso de las pruebas de alcoholemia, podemos sostener que se produce un impedimento y obstaculización para autodeterminar una conducta lícita, sobre todo contando con la jurisprudencia, ya citada, que declara la voluntariedad de las pruebas.

No parece que el Tribunal tenga claros los conceptos, porque en una sentencia posterior afirma que «no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el Artículo 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en dependencias policiales para la práctica de una diligencia -en este caso la prueba de alcoholemia- por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto»⁵⁸.

.....
⁵⁵ STC 107/85, de 7 de octubre (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 3.

⁵⁶ STC 98/86, de 10 de julio, (ponente: Díez-Picazo), fundamento jurídico 4.

⁵⁷ STC 98/86, de 10 de julio, (ponente: Díez-Picazo), fundamento jurídico 4.

⁵⁸ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 1.

¿Qué criterio está siguiendo el Tribunal para distinguir esta situación de la detención o de la privación de libertad? Quizá el de la duración? ¿Qué considera el Tribunal como «tiempo estrictamente necesario»?⁵⁹ En nuestra opinión, en contra de la postura del Alto Tribunal, y de acuerdo con algún sector doctrinal, existe privación de libertad desde el momento en que no se consiente en la práctica de la prueba.⁶⁰

A este respecto, conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 6 de noviembre de 1980, caso GUZZARDI, afirmaba que «entre privación de libertad y restricción de la libertad, no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia. De hecho, los supuestos de privación de libertad no se limitan a la detención clásica en prisión o del arresto de un militar. Existen hoy otras muchas formas de privación de libertad y la evolución de las normas jurídicas y de las ideas tienden a aumentar su variedad»⁶¹.

Si, basándonos en la distinción entre retención y detención, en función del plazo de privación de libertad, justificamos la ausencia de garantías en el tratamiento del ciudadano retenido, estaríamos ante un supuesto de ilegalidad. La distinción sólo puede basarse sobre la existencia o no de privación de libertad, y como ésta existe en los dos casos, no hay diferencias. «Aceptar la necesidad procesal de la retención y,

⁵⁹ Sobre el concepto de «tiempo estrictamente necesario», el Tribunal Constitucional, en una reciente Sentencia, considera que, en el caso de prolongación innecesaria de una detención, puede lesionarse el derecho a la libertad personal, aunque no se llegue a las 72 horas. En concreto, afirma además el Tribunal que «el artículo 72 de la Constitución Española expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera «casos» de pérdida de libertad, que, diferentes al típico de detención preventiva, pueden ser dispuestos por el legislador» (STC 31/96, de 27 de febrero (ponente: Cruz Villalón), fundamento jurídico 8.)

⁶⁰ «No es necesario, por consiguiente, esperar al resultado del control para afirmar el estado de detención, durante el cual es preceptiva la información y cumplimiento de las garantías del artículo 17 de la Constitución». PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la Seguridad Ciudadana», en AAVV, *Seguridad Ciudadana. Materiales de Reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, op. cit., p.111, nota 92.

⁶¹ FREIXES SANJUAN, T Y REMOTTI, JC: *El derecho a la libertad personal*. PPU, Barcelona, 1993, p.314. Afirma FAIRÉN GUILLÉN que «si entre la libertad total de movimientos y la prisión hay grados, paralelamente, también puede y aún debe haberlos entre las situaciones de detención y de libertad. Así entiendo que aparece la discutida *retención*». Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op. cit., p.93.

por tanto, la inexistencia de control, sobre las actuaciones policiales, no supondría un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en el Artículo 17 de la Constitución y el 520 de la LECr, sino que significaría la definitiva consagración del Estado policial»⁶².

d2) Análisis del Artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (STC 341/93 y votos particulares).

Esta situación de privación de libertad a que puede dar lugar el control de alcoholemia tiene cierta similitud con el problema que se planteó al tribunal Constitucional al tener que juzgar sobre la constitucionalidad del Artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. En este caso se trata de la posibilidad que tienen los agentes de requerir a un ciudadano, si no ha podido ser identificado, a que le acompañen a dependencias policiales para realizar las diligencias de identificación.

Esta medida de identificación prevista en el Artículo 20.2 de la LOPSC supone, «por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad»⁶³. Como pone de relieve el magistrado González Campos en su voto particular, esta conclusión es contradictoria con la negativa a aceptar que las pruebas de alcoholemia supongan privación de libertad, que encontramos en la doctrina constitucional ya citada (SSTC 107/85 y 22/88)⁶⁴.

.....

⁶² PORTILLA CONTRERAS, G. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, op. cit., p.262. Cita a PRATS CANUT: *Retención policial* (inédita), p.17: «La retención no tiene ninguna apariencia de legalidad, y su aceptación como tal en un Estado de derecho significaría legitimar las vías de hecho en la actuación de los poderes públicos».

⁶³ STC 341/93, de 18 de noviembre. (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 4.

⁶⁴ Voto particular de D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 3. a) Este magistrado cita, además, la STC 178/85, que señala lo siguiente: «debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan- aun previstas en la ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación». Cfr. STC 178/85, de 19 de diciembre (ponente: Arozamena Sierra), fundamento jurídico 5.

Sin embargo, este cambio conceptual del Tribunal no trae consigo mayores garantías para los individuos, pues aunque se vean privados de su libertad, la sentencia sostiene que no se les aplican las garantías del Artículo 17, de igual modo que en el caso de las pruebas de alcoholemia. Distingue la situación de traslado a dependencias policiales de la detención, y lo hace para justificar la inexistencia de garantías, puesto que éstas serían propias sólo de las detenciones.

«Las garantías exigidas por el Artículo 17.3 hallan su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado»⁶⁵. Cuando a una persona se la traslada a dependencias policiales para diligencias identificatorias, o para realizar la prueba de alcoholemia, y hasta que no se conozca el resultado de esas diligencias, se encuentra en una situación intermedia entre la libertad y la detención⁶⁶. Este supuesto quedaría fuera de las garantías establecidas por el Artículo 17, según el Tribunal, pero el problema es delimitar a partir de qué momento pueden aplicarse esas garantías. Porque es muy difícil valorar la posible indefensión provocada por unas diligencias previas a la detención mal realizadas, sobre las que además, como veremos más tarde, quien tiene que probar todo es el propio interesado, frente a la superior valoración que suele merecer al Tribunal el atestado policial.

La indefinición de esa situación intermedia entre detención y libertad - que el Tribunal, recordemos, había rechazado años atrás-, se refleja también en otra expresión posterior: «ahora bien, ello no significa que las garantías establecidas en los núms, 2 y 3 del Artículo 17 no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad

⁶⁵ STC 107/85, de 7 de octubre, (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 3 (citada en el fundamento jurídico 6 de la STC 341/93, de 18 de noviembre.)

⁶⁶ Sobre las situaciones intermedias entre libertad y detención se extiende también FAIRÉN GUILLÉN, mostrando las contradicciones de la doctrina constitucional en este sentido. Cfr. Fairén Guillén, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op.cit. denuncia: «la rigidez y el simplismo que supone el examinar -sobre el artículo 17 de la Constitución- solamente los dos extremos- «detención» y «libertad»- de una larga línea de posibles situaciones» (p.33): «Nuestra Constitución y el artículo 17, con sus dos opciones "detención-libertad", se halla rodeada de situaciones jurídicas ilegales- y de proyectos- de limitaciones intermedias de libertad de locomoción, que no se ajustan a su clásica definición, en la STC 98/86, de 10 de julio» (p.42).

distintos a la detención preventiva»⁶⁷. No sabemos a qué casos se refiere la sentencia, pero está claro que, una vez más, el Tribunal acepta distintas modalidades de privación de libertad, sin especificar exactamente cuáles⁶⁸.

«Resulta misteriosa la razón -afirma García Morillo- de que en un caso (el de la Ley de Seguridad Ciudadana) esa presencia física en unas dependencias policiales para realizar una diligencia sea una privación de libertad y en otro (la prueba de alcoholemia) no, y sea, sin embargo, un sometimiento no ilegítimo a las normas de policía.»⁶⁹.

El galimatías en que nos introduce el Tribunal es considerable, puesto que, desde el punto de vista de su derecho a la libertad personal, un individuo podría encontrarse, al menos, en las siguientes situaciones:

- En libertad.
- Sometido a diligencias policiales (prueba de alcoholemia), incluso siendo trasladado a dependencias policiales, pero sin que se le considere privado de libertad.
- Privado de su libertad, pero sin considerarle detenido (por ejemplo en diligencias identificatorias) y, por lo tanto, sin poder disfrutar de las garantías del Artículo 17.
- Privado de libertad, pero en situaciones -no aclaradas- en que puede gozar de las garantías del Artículo 17.
- Detenido, en cuyo caso se aplican siempre las garantías del Artículo 17.

⁶⁷ STC 341/93, de 18 de noviembre, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 6.

⁶⁸ Más recientemente, el Tribunal ha vuelto a reconocer la posibilidad de distintos «casos» de privación de libertad diferentes a la detención. Cfr. STC 31/96, de 27 de febrero (ponente: Cruz Villalón), fundamento jurídico 8 (vid supra, nota 59)

⁶⁹ GARCÍA MORILLO, J: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.212. Este paralelismo es denunciado también por el magistrado GONZÁLEZ CAMPOS en su voto particular, afirmando que «existe no ya similitud, sino verdadera identidad, entre el supuesto descrito en esta decisión (conducción de una persona a dependencias policiales para la práctica de una diligencia) y el que contempla el art. 20.2 de la LOPSC. Por lo que era obligado que la sentencia hubiera justificado por qué el Tribunal consideró que el primero no entraña «privación de libertad» y sí lo entraña el segundo, aun siendo idéntico a aquél» Cfr. Voto particular de D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 3. A)

La verdad es que, con García Morillo, nos parece que hubiera sido mucho más sencillo considerar todas las situaciones intermedias como privaciones de libertad «de diversos grados e intensidades», diferenciándolas de la detención, siempre que se entiendan como admisibles constitucionalmente otras privaciones de libertad distintas de la detención⁷⁰. Cuestión esta última en la que discrepamos del Tribunal, puesto que nos parece que hay que hacer más hincapié en las garantías para proteger la libertad individual que en la facilidad de actuación de los agentes policiales, lo cual puede dar lugar - es lo que está ocurriendo- a abusos.

Ya hemos comentado que es constitucionalmente irrelevante encontrarse ante una detención o una retención: en ambos casos nos hallamos ante una privación de libertad, que ha de venir, por lo tanto, acompañada de todas las garantías que la Constitución Española ha previsto para las privaciones de libertad⁷¹. Ahí sí que sería necesaria una regulación que garantizase los derechos del individuo sometido a este tipo de situaciones. No se podrá fijar en una ley la inmensa casuística que puede darse, pero sí algunos principios directores. Como ha dicho Fairén Guillén, no se trata de ampliar el concepto legal de detención, sino de establecer unas mínimas garantías para los supuestos intermedios entre libertad y detención que suponen, como hemos visto, auténticas privaciones de libertad⁷².

Para argumentar favorablemente sobre la constitucionalidad del Artículo 20.2 de la LOPSC -y una vez descartadas las garantías del Artículo 17 de la Constitución- sostiene nuestro alto Tribunal que esta norma establece garantías suficientes para proteger a las personas afectadas por su contenido. Así, en lo referente a la duración de la situación considera suficiente que el Artículo establezca que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del «tiempo imprescindible».

Recordemos que esta expresión es parecida a la utilizada por el Tribunal con respecto a los controles de alcoholemia, al aceptar que se

.....
⁷⁰ Cfr. GARCÍA MORILLO, J: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.212.

⁷¹ Cfr. FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI, JC: *El derecho a la libertad personal*, op. cit., p.143.

⁷² Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op. cit., pp.94,97 y 141-143.

pueda trasladar a una persona a dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el «tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto»⁷³.

Curiosamente, para fundamentar esta argumentación, el Tribunal recurre a un paralelismo con el mismo Artículo 17 cuya aplicación directa al caso había descartado: considera que la expresión «tiempo imprescindible», que se utiliza en el Artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es análoga a la que emplea el Artículo 17.2 de la Constitución («tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»), y esta vinculación legislativa, según el Alto Tribunal, es suficiente garantía para definir la duración temporal de la medida en cuestión.

Esta argumentación no es muy sólida, como lo demuestra el hecho de que el Tribunal apostilla que el legislador podría haber establecido una duración máxima de esas diligencias, igual que se hace en el 17.2 Constitución Española con la detención preventiva, y al comentarlo aprovecha para señalar que esas diligencias policiales «nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo». El tribunal se esfuerza por acentuar lo restrictivo de los requisitos impuestos por el Artículo 20.2 y afirma que su redacción «implica un mandato del legislador de que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna»⁷⁴.

Sin embargo, el magistrado De la Vega, de modo claro y contundente, afirma en su voto particular que la sola expresión «tiempo imprescindible» bastaría para la calificación de inconstitucionalidad⁷⁵. También González Campos critica la ambigüedad de la Sentencia, al consi-

.....

⁷³ Ya hemos señalado que, en esta ocasión, el Tribunal afirmaba que «no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución en sus diversos apartados» con ese traslado a dependencias policiales» Cfr. STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García- Mon y González Regueral), fundamento jurídico 1.

⁷⁴ STC 341/93, de 18 de noviembre, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 5. Añade también 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 aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una «infracción administrativa».

⁷⁵ Voto particular de D. Carlos de LA VEGA BENAYAS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 1. L).

derar suficiente el término «imprescindible», sin establecer un límite máximo⁷⁶.

Piénsese sólo por un momento en la indefinición que sobre este aspecto encontramos en la regulación de los controles de alcoholemia, en la que ni siquiera se utiliza el término de tiempo imprescindible, sino que ha tenido que ser el Tribunal Constitucional el que lo especificase en la sentencia ya citada⁷⁷.

Finalmente, el Tribunal remite al «entero sistema de protección judicial de la libertad personal- muy particular, el instituto de habeas corpus-», para proteger al afectado por estas medidas ante una posible prolongación abusiva en dependencias policiales. En definitiva, nos parece que el Tribunal necesita recurrir a demasiadas aclaraciones y normativa complementaria para intentar asegurar que este Artículo no suponga una puerta abierta a posibles violaciones del derecho a la libertad personal.

Con respecto a las demás garantías, el Tribunal considera que, aunque no se incluya explícitamente en el Artículo el deber de informar al retenido de sus derechos, de su contenido se deduce, «implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados»⁷⁸. Tenemos dudas de que esta conclusión «implícita» sea suficiente para que los agentes de orden público respeten este derecho.

En cuanto a la asistencia de abogado, el Tribunal reitera que corresponde a los supuestos de detención preventiva, distintos del que se

.....
⁷⁶ Voto particular de D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 5. C). Sobre la dificultad de valorar cuál sería el tiempo imprescindible, FAIRÉN GUILLÉN hace mención, por ejemplo, a la cuestión del acompañamiento a dependencias policiales. ¿Cómo se hace ese desplazamiento? ¿En coche? ¿A qué distancia puede estar la dependencia más próxima? Todos estos son elementos que quedan indefinidos, y que pueden influir decisivamente en el tiempo que dure la privación de libertad. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op.cit., p.100.

⁷⁷ «(...) presencia física de una persona en dependencias policiales para la práctica de una diligencia -en este caso la prueba de alcoholemia- por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto». Cfr. STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García- Mon y González Regueral), fundamento jurídico 1.

⁷⁸ STC 341/93, de 18 de noviembre, (ponente: García- Mon y González Regueral), fundamento jurídico 6.

está comentando. Ni esta garantía, ni la del recordatorio del derecho a no declarar «son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los «datos personales» a los que se refiere el repetido Artículo 9.3 de la LOPSC». Por último, tampoco considera que este traslado a dependencias policiales resulte contrario a lo dispuesto en el Artículo 25.3 de la Constitución Española, puesto que el Artículo 20.2 no tiene carácter sancionador, «sino de estricta identificación personal»⁷⁹.

Estamos de acuerdo con la apreciación formulada por el magistrado González Campos en su voto particular, en el sentido de afirmar que el Tribunal, para justificar su sentencia, elabora una interpretación del Artículo 17 de la Constitución que «constituye una construcción de nueva planta», y altera profundamente su significado⁸⁰.

El problema que, una vez más, late en el fondo de esta cuestión es la distinción entre detención y "retención", aunque el Tribunal no llegue a utilizar este término, cosa que sí hace, en su voto particular a la sentencia, el magistrado De la Vega Benayas. No hay posibilidad de estar y no estar al mismo tiempo libre, «no hay zonas intermedias entre detención y libertad», como afirmó el Tribunal en la STC 98/86, ya citada. Basándose en esta doctrina, De La Vega sostiene que «la retención es una detención no ajustada a la Constitución, ni a la ley, es decir, ilegal, punible»⁸¹. Así mismo, González Campos utiliza esta misma STC 98/86, para criticar la introducción ahora por parte del Tribunal de supuestos de privación de libertad que constituyen en *tertium genus* entre la «libertad» y la «detención preventiva».⁸²

«En sus términos más crudos -afirma De la Vega- la retención es el acto de inmovilizarse e ingresar a un ciudadano en una dependencia policial sin imputación alguna y sin las garantías del Artículo 17 de la

.....

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Voto particular de D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartados 4 y 5.

⁸¹ Voto particular de D. Carlos DE LA VEGA BENAYAS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 1.H).

⁸² Voto particular de D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 3.B).

Constitución Española»⁸³. Este magistrado sostiene más adelante que la medida prevista no es proporcional en el supuesto de negativa a identificarse o de falta de documentación, y por tanto, supone un límite a la libertad no permitido por la Constitución. Afirma, en consecuencia, que la única postura posible ante la negativa a acompañar a los agentes a dependencias policiales es la de dejar en libertad a esa persona.

La idea de la proporcionalidad es recordada también por el magistrado González Campos, repasando doctrina constitucional previa, en otro voto particular. «por la excepcionalidad de la restricción de esa libertad»⁸⁴, y en este caso considera la medida desproporcionada, de tal modo que hace impracticable el derecho, y por tanto, esta limitación afectaría al contenido esencial del mismo y debería ser declarada inconstitucional⁸⁵. El Artículo 20.2 para este magistrado, es ambiguo y contiene varias infracciones. Considera que la interpretación benigna que da el TC en la Sentencia supone la creación de otra norma. Al no considerar este supuesto detención, pero sí de privación de libertad, las garantías quedan al arbitrio policial.

Pensamos, con otros autores, que este Artículo de la LOPSC introduce tales límites a la libertad personal, que «prácticamente roza la suspensión de este derecho en sí mismo considerado». En caso de requerimiento para que el individuo acompañe a los agentes a dependencias policiales, cualquier conducta que adopte, tanto la positiva como la negativa, dará lugar a «la pérdida de autonomía física del individuo, lo cual

.....
⁸³ «La ley que aquí se cuestiona -continúa el voto particular- lo autoriza a los fines de identificación personal, si bien con una redacción tan ambigua que tanto parece referirse a la detención por imposibilidad o negativa del ciudadano a identificarse, como a la finalidad de impedir la comisión de un delito o falta (lo que sería detención legal) o al objeto de sancionar una infracción. Pero resulta que la negativa a la identificación no legitima la detención ni tampoco la finalidad sancionatoria dicha. En cuanto a las faltas (infracciones penales de menor entidad que los delitos) sólo cabe detener cuando no se acredite un domicilio conocido o no se diera fianza». Voto particular de D. Carlos DE LA VEGA BENAYAS a la STC 341/93, de 18 de noviembre. Apartado 1.1).

⁸⁴ STC 178/85, de 19 de diciembre (ponente: Arozamena Sierra), fundamento jurídico 3.

⁸⁵ Si se critica la desproporcionalidad de la retención en el caso de los controles de alcoholemia, no digamos ya en el caso de los controles antiterroristas, indiscriminados y escasamente eficaces. Ha habido otras voces favorables al principio de proporcionalidad, pero sólo si se establece el análisis de sangre con carácter coactivo: Cfr. GIMENO SENDRA, V: «El Valor probatorio de los métodos alcoholométricos», op.cit., p.1107.

constituye una privación de libertad en sentido estricto». Como no se prevé ningún tipo de control judicial a este «acompañamiento», parece que con esta norma se está vulnerando la estructura jurídica de la libertad personal como derecho público subjetivo⁸⁶.

Bien puede servir como ejemplo de lo que decimos el supuesto analizado en la STC 252/94, de 19 de septiembre. El actor fue detenido porque, en el momento en que se le requirió para la práctica de las pruebas de alcoholemia, «se produjo un forcejeo violento, siendo esposado y conducido a las dependencias policiales». Según la versión de la Policía y el Ministerio Fiscal, fue «en ese momento informado verbalmente de los derechos que le asistían como detenido en los términos del Artículo 520 LECr.»⁸⁷. Sin embargo, el interesado negó que le fuesen leídos sus derechos, a lo que el Tribunal responde que, «aunque consta que fue detenido cuando su comportamiento lo hizo necesario al descender del vehículo que conducía, no consta que no fuese informado de los derechos que como detenido le asistían»⁸⁸.

Resulta sorprendente la afirmación del Tribunal, puesto que lo normal es que, si la Policía elabora el atestado, no reconozca en él sus errores, y sí los del interesado. En consecuencia, el Tribunal debería haber exigido, más bien, a la Policía, pruebas de su actuación. En caso de que fuese verdad lo que el interesado alegaba, era imposible porbarlo, pues no se puede probar algo que no tuvo lugar, como, en su caso, sería la inexistencia de la comunicación de sus derechos. Además, se podría considerar contradictorio con otra Sentencia en la que se declara vulnerado el derecho a la presunción de inocencia precisamente por invertir la carga de la prueba en un caso de control de alcoholemia⁸⁹.

⁸⁶ FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI, JC: El derecho a la libertad personal, op. cit., p.164.

⁸⁷ STC 254/94, de 19 de septiembre, (ponente: Rodríguez- Piñero), Antecedente 9.

⁸⁸ Ibidem, Fundamento jurídico 3.

⁸⁹ El Tribunal Constitucional, al resolver un recurso contra una Sentencia en la que se citaba como fundamento del fallo «que de las actuaciones se desprende que la tasa de alcoholemia no ha sido desvirtuada por prueba en contrario por el acusado», afirma que «es forzoso concluir que esta inversión de la carga de la prueba conduce necesariamente a declarar vulnerado el derecho fundamental del actor a la presunción de inocencia que le otorga el artículo 24.2 de la Constitución». Cfr. STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García- Mon y González Regueral), fundamento jurídico 4.

En definitiva, el problema es la ambigüedad de la doctrina constitucional a la hora de aceptar o no las zonas intermedias entre libertad y privación de libertad. Estas matizaciones que permite el Tribunal Constitucional presentan un manifiesto peligro tanto para la efectividad de las garantías de este derecho como para la seguridad jurídica, puesto que todas las garantías que acompañan a la libertad personal en el caso de la detención deberían respetarse también en los demás supuestos de privación de libertad⁹⁰.

Por mucho que el Tribunal se esfuerce en aportar garantías al procedimiento⁹¹ y formule interpretaciones benignas de las leyes, la problemática es y seguirá siendo importante.

Como ha señalado Fairén, esta labor del Tribunal no es la solución del problema. Mejor sería admitir como variantes de la detención una serie de situaciones intermedias de privación de libertad, aplicándoles las mismas garantías del Artículo 17. En caso contrario, las tentativas de abuso van a ser muy abundantes, lo que provocará, probablemente, un incremento de las retenciones ilegales, y una «cascada» de peticiones de amparo ante la violación de derechos fundamentales. En este segundo supuesto, se haría necesario, para muchos autores, alterar el modelo de garantías, haciendo difusa la tutela de esos derechos⁹².

2. Las garantías en el control de alcoholemia

La no consideración de los controles de alcoholemia como privaciones de libertad, con una duración más o menos indeterminada, trae consigo la consecuencia, que se deduce de lo ya expuesto, de que, en esas situaciones, no se aplican las garantías previstas en el Artículo 17. Si se asimilan estos supuestos a las privaciones de libertad contempladas en dicho Artículo, ya no cabrían dudas, y habría que aplicar las ga-

.....
⁹⁰ Sobre esta cuestión, se puede consultar el completo estudio realizado por Freixes y Remotti, en: FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI, JC: *El derecho a la libertad personal*, op.cit., pp.532 y ss; y p.164.

⁹¹ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La seguridad de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op.cit., pp.83 y 84.

⁹² Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V: *La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana*, op.cit., pp. 88 y 179-180. También alude a la necesidad de prever la problemática que puede suscitar dejar la discrecionalidad de los agentes la situación del individuo durante esas privaciones de libertad (cfr.pp. 125 y 130)

rantías. A continuación hacemos un breve análisis de cuál debería ser el contenido de alguna de ellas.

Según la tesis que venimos manteniendo, partimos de la consideración del control de alcoholemia como supuesto de privación de libertad. Si no se quiere incurrir en el delito de detención ilegal, en cualquier proceso de este tipo se deben respetar una serie de garantías que tienen por objeto la salvaguarda de los derechos fundamentales del interesado. Son garantías de la libertad personal que a su vez constituyen verdaderos derechos autónomos⁹³, por eso, en ocasiones, al referirnos a ellas, lo hacemos hablando de derechos.

a) Derecho a no declarar contra sí mismo.

Aunque la jurisprudencia constitucional es clara respecto a la idea de que la realización de la prueba de alcoholemia no es equivalente a una declaración inculpatoria, pensamos que es una cuestión discutible. No cabe duda de que el Tribunal, dentro de su construcción jurídica, no quiere aceptar la relevancia de la prueba, puesto que entonces podría plantearse con más argumentos el debate sobre las garantías. Cuanta más relevancia procesal se le dé al control de alcoholemia, más necesaria se hacen las garantías durante su realización⁹⁴.

En esta línea, nuestro Alto Tribunal sostiene que «el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los Artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución»⁹⁵.

.....
⁹³ Cfr. FREIXES SANJUAN, T Y REMOTTI, JC: EL derecho a la libertad personal, op.cit., p.17.

⁹⁴ Ocurre lo mismo que con todas las declaraciones realizadas en los locales de policía, en general, que despiertan los recelos del legislador, ante la ausencia de garantías, que provoca la consideración del carácter provisional e interino del atestado. Cfr. VIVES ANTÓN, T. Y GIMENO SENDRA, JV: La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial. Bosch. Barcelona, 1977, p.87.

⁹⁵ STC 103/85, de 4 de octubre, (ponente: Arozamena Sierra), fundamento jurídico 3.

El Tribunal ha establecido una doctrina clara al respecto, considerando siempre la prueba de alcoholemia como una prueba pericial en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente⁹⁶.

Sin embargo, en nuestra opinión, la cuestión no es tan evidente. Como veremos en el siguiente apartado, el Tribunal Constitucional sostiene que las pruebas alcoholométricas no son contrarias a la presunción de inocencia. Se basa para ello, en parte, en lo señalado por la Comisión Europea de Derechos Humanos: La prueba de alcoholemia es un medio de prueba que tanto puede ser favorable como desfavorable para el interesado⁹⁷. Es decir, si el resultado es positivo, puede abocar a una sentencia de condena, pero, si es negativo, puede aclarar su inocencia.

Pues bien, si el resultado es positivo, podemos afirmar que puede ser asimilable a una declaración autoinculpatoria, puesto que se está permitiendo constatar objetivamente la ingestión de alcohol suficiente como para superar el grado legalmente permitido⁹⁸. Los efectos, en última instancia, son parecidos, aunque se exija la ratificación durante el juicio oral. Este problema se resuelve aceptando la voluntariedad de someterse o no a la prueba⁹⁹, cuestión que ya hemos comentado líneas atrás.

b) *El derecho a ser informado.*

Reconocido en el Artículo 17.3 de la Constitución Española, el 5.2 del Convenio de Derechos Humanos¹⁰⁰ y Libertades Fundamentales y

⁹⁶ STC 252/94, de 19 de septiembre, (ponente: Rodríguez- Piñero), fundamento jurídico 4.

⁹⁷ Decisión 8239/78, de 4 de diciembre, contra Holanda.

⁹⁸ Aunque la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 14 de marzo de 1993, sostiene la tesis contraria a la que exponemos, la jurisprudencia no es unánime, puesto que la Audiencia Provincial de Vitoria, en Sentencia de 31 de enero 1984, afirma que, en función del derecho a no declarar contra sí mismo que tiene el interesado, no está «obligado a presentarse a la prueba de precisión sobre su grado de impregnación alcohólica, ni análisis de sangre alguno, independientemente de la infracción administrativa en que hubiera podido incurrir con su negativa».

⁹⁹ «En caso de proceder voluntariamente a la comprobación de la identidad o acompañar libremente al funcionario a las dependencias policiales, no puede hablarse de detención, ya que no existe privación de libertad al decidirlo así el particular». PORTILLA CONTRERAS, G.: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre protección de la Seguridad Ciudadana», en AAVV. Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera, op.cit., p. 106.

Artículo 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos¹⁰¹, además del Artículo 520 de la LECr.

Recordemos que, en el caso del detenido, informar quiere decir explicar detalladamente cuáles son los motivos de su detención y los derechos que le asisten, lo que requiere un mínimo de formación jurídica por parte de las personas que llevan a cabo la detención, es decir, los agentes de las fuerzas del orden público. Debe hacerse en el idioma del detenido, y, si es necesario, con asistencia de intérprete¹⁰².

En el supuesto del control de alcoholemia, la propia normativa exige que, si el resultado es positivo, se informe al interesado de los derechos que le corresponden, en relación con las posibles alegaciones que puede formular, la realización de una segunda prueba y de análisis en un centro sanitario (Artículo 23.3 del Reglamento General de Circulación).

El Tribunal Constitucional, basándose en esta disposición, considera que una prueba de alcoholemia «infringió el derecho a la defensa del interesado, desde el momento en que ni siquiera fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrecía, de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del Artículo 24.2 de la Constitución Española»¹⁰³.

«La imposibilidad de que la prueba alcoholométrica se reproduzca en el acto de la vista y pueda cuestionarse directamente la fiabilidad de los resultados hace necesario (...) que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que dicha prueba se verifique con las máximas garantías»¹⁰⁴.

.....
¹⁰⁰ En el art.5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se habla de «*arresté*», mientras que en el 6.3 a) se habla de «*accusé*». Una información dada en el momento en que la simple «*arrestation*» se ha convertido en «*detention*» (el detenido es acusado), constituiría una violación del artículo 5.2 del Convenio. Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D: El detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Universidad de Granada, 1980, p.32.

¹⁰¹ Este artículo establece que la información de las razones de la detención debe producirse «en el momento de la detención».

¹⁰² STC 74/87, de 25 de mayo, (ponente: Latorre Segura).

¹⁰³ STC 100/85, de 3 de octubre, (ponente: Díez- Picazo), fundamento jurídico 2.

¹⁰⁴ STC 145/85, de 28 de octubre, (ponente: Bequé Cantón), fundamento jurídico 4.

En este contexto, se debería exigir la prueba de que se ha producido esta información a los propios agentes de policía, y no al revés, como vimos que ocurría en un supuesto estudiado páginas atrás, en el que el interesado negaba que se le hubiese informado, y el Tribunal responde que «no consta que no se le haya informado». En caso de que fuese verdad lo que el interesado alegaba, era imposible probarlo, pues no se puede probar algo que no tuvo lugar, como en su caso, sería la inexistencia de la comunicación de sus derechos¹⁰⁵.

Hasta ahora hemos hablado de la información cuando la prueba es positiva. Sin embargo, nada se dice en la ley de tráfico ni en el Reglamento General de la Circulación sobre la información previa a la realización de la prueba, cuando, según doctrina ya citada del Tribunal Constitucional, debería ofrecerse la información sobre la posibilidad de negarse a la realización de la diligencia: la prueba de alcoholemia es «una pericia técnica (...) a cuya práctica puede éste negarse, y ha de saberlo, porque la prueba misma no puede considerarse lícitamente realizada si no se le informa sobre este extremo»¹⁰⁶.

A la luz de esta jurisprudencia, podría considerarse ilícita una prueba en la que no se haya informado, previamente a su realización, de esta posible negativa a someterse al control.

c) *El derecho a la presunción de inocencia. Valor probatorio de las pruebas de alcoholemia.*

El Tribunal Constitucional sostiene que las pruebas alcoholométricas no son contrarias a la presunción de inocencia. No tienen, en sí mismas, valor probatorio suficiente para desvirtuarla, precisamente porque, según el Tribunal, no es necesario que se realicen con las garantías constitucionales del Artículo 17. Líneas atrás apuntábamos que esta postura se fundamenta, en parte, en lo señalado por la Comisión Europea de Derechos Humanos: La prueba de alcoholemia es un medio de prueba que tanto puede ser favorable como desfavorable para el interesado¹⁰⁷.

Parte el Tribunal de la consideración de la presunción de inocencia como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que vincula a

¹⁰⁵ Cfr. STC 252/94, de 19 de septiembre, (ponente: Rodríguez- Piñero), fundamento jurídico 3. Vid, *supra*, notas 87 y 88.

¹⁰⁶ STC 252/94, de 19 de septiembre, (ponente: Rodríguez- Piñero), fundamento jurídico 4.

¹⁰⁷ Decisión 8239/1978, de 4 de diciembre.

todos los poderes públicos¹⁰⁸. Teniendo esto en cuenta, para que la ponderación por parte de un Tribunal de los elementos de prueba» pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado¹⁰⁹. Esta actividad probatoria «ha de realizarse normalmente en el acto del juicio oral», y respetando los principios de oralidad, intermediación y contradicción¹¹⁰.

La declaración ante la policía, realizada sin asistencia del letrado, tiene «únicamente valor de denuncia, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral; es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial». Este requisito de la reproducción de las pruebas en el juicio oral no se establece «como una simple fórmula de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, dentro de los principios de publicidad, oralidad e intermediación que se cumplen en el juicio oral»¹¹¹.

La ausencia de garantías durante la realización de las pruebas es la que impide su incorporación al proceso penal¹¹². El juez debe valorar la prueba ponderándola con todos los demás elementos probatorios, y respetando los derechos recogidos en el Artículo 24.2 de la Constitución¹¹³.

¹⁰⁸ «Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata». Cfr. STC 31/81, de 28 de julio, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 2.

¹⁰⁹ STC 31/81, de 28 de julio, (ponente: Begué Cantón), Fundamento jurídico 3. En el supuesto que analiza el Tribunal Constitucional, la Sentencia recurrida se había basado en la confesión del demandante ante la policía, realizada sin la garantía constitucional de la asistencia del letrado.

¹¹⁰ Doctrina constante del Tribunal Constitucional, recogida nuevamente en la STC 145/85, de 28 de octubre, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 2.

¹¹¹ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 2.

¹¹² No se puede incorporar al proceso penal «un medio de prueba que no va acompañado de las garantías que la propia Constitución establece en su artículo 17(...) En consecuencia, no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el artículo 17 y sin haber sido ratificada por el órgano judicial constituye base suficiente para desvirtuar «la presunción de inocencia». Cfr. STC 31/81, de 28 de julio, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4.

¹¹³ «El principio de libre valoración de la prueba (...) exige (...) que se ponderen distintos elementos que constituyen la actividad probatoria, sin que de esa ponderación pueda excluirse (...) la prueba de descargo realizada en el juicio oral, ya que ello supone desconocer los derechos del inculcado consagrados en el art.24.2 de la Norma Fundamental». Cfr. STC. 145/85, de 28 de octubre, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 6.

En concreto, para que pueda ser apreciado el test alcoholométrico como prueba de cargo, «ha de ser posible su contradicción en el juicio oral con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos, que haya sido ratificado o complementado durante el curso del procedimiento judicial. De no ser así, por falta de las garantías procesales exigibles, no puede atribuirse al test de alcoholemia valor probatorio de cargo con entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia»¹¹⁴.

No obstante, en relación con otros atestados, el que recoge los resultados de una prueba de alcoholemia- que no puede ser repetida durante el juicio¹¹⁵- tiene un cierto alcance probatorio por sí mismo¹¹⁶. El TC extiende incluso esta idea no sólo a las diligencias previas, sino también al sumario, que, «además de su valor preparatorio, pueden tener valor probatorio en todos aquellos casos en que las pruebas llevadas a cabo con anterioridad al juicio fueran irrepitibles en éste»¹¹⁷.

La solución que el Tribunal prevé, requiriendo la ratificación en el juicio por parte de los agentes, es defectuosa, por varias razones. En primer lugar, los funcionarios actúan en el mismo como testigos de la acusación. Además, comparecen después de un largo período de tiempo que va a dificultar el recuerdo de los hechos. En tercer lugar -tal como reconoce el Tribunal al aceptar la imposibilidad de realizar de nuevo las pruebas en el momento del juicio- a través de esas manifestaciones no va a llegar el juez a una conclusión evidente sobre el grado de alcohol ingerido por el acusado, sino, a lo sumo, sobre las consecuencias de la

¹¹⁴ STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 3.

¹¹⁵ La prueba se realiza para evaluar una situación «que no persiste hasta la celebración de la visita de la causa», como se afirma en la STC 145/85, de 28 de octubre, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4.

¹¹⁶ Esta peculiaridad se aplica a los casos en los que en el atestado se practica «una prueba a la que puede asignarse *lato sensu* un carácter pericial, cuando concurre, además, la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este supuesto, aun dejando en claro que el atestado debe ser ratificado en el correspondiente juicio por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de la denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo, siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías». Cfr. STC 100/85, de 3 de octubre, (ponente: Díez- Picazo), fundamento jurídico 1.

¹¹⁷ ATC 62/83, de febrero, (sala Segunda: Arozamena, Díez- Picazo y Tomás), fundamento jurídico 1.

intoxicación¹¹⁸. Por último, hemos de recordar que, en ningún caso, se debe invertir la carga de la prueba, situación a la cual se puede llegar otorgando excesivo valor al atestado, como en alguna ocasión ha ocurrido ya¹¹⁹.

A pesar de todos los matices con los que el Tribunal pretende garantizar los derechos del perjudicado por el contenido del atestado, y a pesar de que la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal establece el principio de contradicción en el juicio oral al apreciar la prueba, para que tenga un valor apreciable por el juez, los tribunales penales han seguido fallando las causas con apoyo en los materiales proporcionados por el sumario¹²⁰. Por eso nos parece que la fuerza de los hechos aconseja establecer las máximas garantías posibles durante la realización de las diligencias policiales: la experiencia revela que su importancia, por más que se pretenda minimizar, va a ser en muchos casos decisiva.

d) *La asistencia letrada en las diligencias policiales.*

La Constitución reconoce, en el Artículo 17, el derecho de asistencia letrada del detenido en las diligencias policiales y judiciales.

En el Artículo 520 LECr. se recoge una especialidad del derecho de defensa reconocido en los Artículos 24 y 17.3 de la Constitución Española, «cuya naturaleza es irrenunciable (...) Esta naturaleza es la que determina que si el funcionario policial no instruye al detenido de tal garantía, hace alguna recomendación sobre la elección de abogado, o no comunica al Colegio de Abogados el nombre del abogado elegido, incu-

¹¹⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, V: «El valor probatorio de los métodos alcoholométricos», op.cit., p.1109.

¹¹⁹ «(...) la condena del recurrente se ha basado única y exclusivamente en el atestado efectuado por la Guardia Civil de Tráfico, no ratificado ni complementado durante el proceso(...). Si a eso añadimos que la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial fundamenta su fallo en las «manifestaciones del recurrente ante la Guardia Civil, no impugnadas en momento alguno», estableciendo así una inversión de la carga de la prueba, (...) ha de concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución». Cfr. STC 6/89, de 19 de enero, (ponente: De la Vega Benayas), fundamento jurídico 3. También la ya citada STC 22/88, de 18 de febrero, (ponente: García-Mon y González Regueral), fundamento jurídico 4 (Vid, *supra*, cita 80) igualmente, en este sentido, con relación a la ley de Seguridad Ciudadana, vid. FAIRÉN GUILLÉN, V: La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, op, cit., pp.155 y 159.

¹²⁰ Cfr. VEGAS TORRES, J: La presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española en el proceso penal español, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid (colección Tesis Doctorales), 1992, p.345. Para fundamentar esta afirmación, cita a ORTELLS, SERRA DOMÍNGUEZ y MONTERO AROCA.

rirá en delito de detención ilegal del 184 del Código Penal, ya que la legalidad de la detención está condicionada al cumplimiento del contenido material y a la observancia de las garantías formales»¹²¹. Si el detenido no elige abogado, se le asigna uno de oficio, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 520.2 de la LECr.

Coherentemente con lo expuesto, el derecho de asistencia letrada, debe ser irrenunciable e inmediato y, por tanto, la asistencia del abogado debe producirse desde el momento mismo de la detención, de modo que pueda participar en las diligencias policiales y judiciales¹²², tal como lo entiende el Artículo 520.2 c) de la LECr. La presencia del letrado debe ser activa, lo que significa que su participación en los interrogatorios, contactos y entrevistas con el detenido deben ser anteriores, incluso, a cualquier diligencia que se practique.

El problema de los límites de esa asistencia ha dado lugar a diversas posturas entre los penalistas. Algunos entienden la asistencia también como auxilio y asesoramiento. Otros la limitan a la presencia del abogado en algunos actos de relevancia procesal, para asesorarle o para observar el cumplimiento de las formalidades procesales. En otras palabras, los primeros se niegan a aceptar la misión del abogado como la de un testigo mudo del interrogatorio, sino que piensan que el letrado debe participar y colaborar con el detenido, antes y después del interrogatorio, informándole de sus derechos e incluso aconsejándole lo que debe y no debe declarar¹²³.

¹²¹ La polémica doctrinal entre penalistas es recogida por PORTILLA: de acuerdo con la postura incriminatoria están QUERALT, GIMENO SENDRA Y VIVES ANTÓN. En contra, MAGALDI PATERNOSTRO. PORTILLA CONTRERAS, G: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, op. cit., p.305.

¹²² No ignoramos el problema que puede suponer la necesidad de la presencia del letrado en los controles de alcoholemia, pero está claro que, para su eficacia como prueba, o se realiza en su presencia, o si no, no puede considerarse como tal, al no recurrir a las garantías requeridas.

¹²³ « El sujeto pasivo del mismo necesita un «amigo» que le asista; éste es el abogado de la defensa. Carnelutti ha desarrollado brillantemente la idea en su intervención en el «Convegno» celebrado del 5 al 6 de octubre de 1956». VIVES ANTÓN, T. Y GIMENO SENDRA, J.V. : *La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial*, op.cit., p.170. En este sentido, algunos autores han criticado la restricción al contenido del derecho a la asistencia letrada que se planea en el artículo 520.6 de la LECr, puesto que convierte al abogado en «mero espectador pasivo de las diligencias practicadas, desnaturalizando su función». Según FREIXES Y REMOTTI, esta disposición convierte la garantía de la asistencia letrada en «ineficaz e inoperante», y concluyen afirmando que la ley «no puede disminuir su contenido constitucional, desnaturalizarlo a partir del menoscabo de su contenido» Cfr, FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI, JC: *El derecho a la libertad personal*, op.cit., pp.149 y 158.

Parece que existe miedo por parte de la Administración al control que pueda realizar el abogado, cuando debería tomarse como algo lógico e inofensivo¹²⁴, si se parte de dos premisas: que la policía observa estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practique, y que el abogado no va a obstaculizar la marcha de la actividad policial. Aquí es donde radica todo el problema, la intervención del abogado supone precisamente un control sobre la legalidad de la actuación policial y una garantía sobrevenida»¹²⁵.

En la doctrina constitucional encontramos diferentes argumentos. Se afirma, por un lado, que la asistencia letrada en primeras diligencias policiales «responde a la finalidad de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 820 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la asistencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma. (...) Lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional *en el momento de su detención*, y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio.»¹²⁶

Se destaca, por tanto, la «función del letrado como garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten»¹²⁷. Parece que la jurisprudencia se inclina por considerar al abogado no como mero testigo, sino como algo más. «La idea del Estado Social de Derecho (Artículo 1.1 Constitución Española) y el mandato genérico del Artículo 9.2. exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de letrado» por parte del Estado. El órgano judicial debe suplir la posible pasividad del titular del derecho, pues la asistencia del letrado es necesaria no sólo para «el

.....
¹²⁴ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. :El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, op.cit.,p.309.

¹²⁵ MORENO CATENA, V: La defensa en el proceso penal. Cuadernos Civitas. Madrid, 1982, p.71.

¹²⁶ STC 196/87, de 11 de diciembre, (ponente: Díaz Eimil), fundamento jurídico 5. La cursiva es nuestra.

¹²⁷ STC 252/94, de 19 de septiembre, (ponente: Rodríguez- Piñero), fundamento jurídico 4.

mejor servicio de los derechos e intereses del defendido», sino para la propia actuación judicial¹²⁸.

Sin embargo, el Tribunal hace algunas distinciones. De entrada, la ya comentada entre detención y distintas modalidades de privación de libertad. Y, además, se distingue entre la asistencia letrada prevista en el Artículo 17.3 y en el 24.2: no puede interpretarse unitariamente el derecho reconocido en ambos Artículos, «dada la diversa función que esta garantía cumple en cada uno de ellos, en atención al bien jurídico protegido»¹²⁹. El Artículo 17,3 reconoce un derecho al detenido, mientras que el 24.2 lo hace con respecto al acusado o imputado.

Algunos magistrados del Tribunal han afirmado que «La Constitución española ha querido deliberadamente reconocer -yendo más allá de lo que es común en la mayor parte de las normas constitucionales extranjeras de nuestro entorno jurídico democrático- el derecho fundamental de todo detenido a ser asistido por abogado en las diligencias policiales y judiciales que preceden a la acusación o inculpación formal»¹³⁰.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial no sigue este camino, y distingue entre el derecho a la asistencia letrada en el momento de la detención (Artículo 17.3 de la Constitución Española) y en el proceso penal (Artículo 24 de la Constitución Española)¹³¹. Basándose en esta distinción, niega el derecho de defensa de los detenidos que todavía no son parte en un proceso, fundamentando esta tesis en que el Artículo 5 del Convenio Europeo no incluye el derecho de asistencia letrada de los detenidos sino de los procesados, que el Tribunal Europeo reconoce la asistencia sólo cuando existe acusación, y en que la Constitución sólo reconoce el derecho de defensa en el Artículo 24¹³².

.....
¹²⁸ STC 42/82, de 5 de julio, (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 2.

¹²⁹ STC 252/94, de 19 septiembre, (ponente: Rodríguez Piñero), fundamento jurídico 4.

¹³⁰ Voto particular de Dña. Gloria BEGUÉ CANTÓN, firmado también por D. Angel LATORRE SEGURA y D. Jesús LEGUINA VILLA, a la STC 196/87, de 11 de diciembre.

¹³¹ STC 196/87, de 11 de diciembre (ponente: Diaz Eimil)

¹³² Como dicen FREIXES Y REMOTTI, el TC no ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH, en el sentido de afirmar que hay que interpretar el término «acusación» del artículo 6 CEDH no como un acto formal-procesal, sino como «imputación de un hecho», situación que se produce mucho antes de la apertura de la instrucción. De todo ello, el TEDH deduce que el derecho a la defensa asiste a toda persona desde que se le imputa algo de lo cual ha de poder defenderse y, en consecuencia, concluye que la asistencia letrada como componente del derecho a la defensa constituye también un derecho para los detenidos (Caso Pakelli, Artico, Adolf y Sunday Times entre otros). Cfr. FREIXES SANJUAN, T. Y REMOTTI, JC: *El derecho a la libertad personal*, op.cit., p.552.

Esta tesis choca con la defendida por un sector de la doctrina (que sigue a Chiavario), que, al analizar el Artículo 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos destaca que en él se habla de «*arretê*», mientras que en el 6.3 a) se habla del «*acusé*». La aplicación de las garantías sólo a partir del momento en que la simple «*arrestation*» se ha convertido en «*detention*» (el detenido es acusado), constituiría una violación del Artículo 5.2 del Convenio¹³³, puesto que han de aplicarse desde el principio. Además, la propia Comisión, en Decisión de 21. VII.72, ha señalado la aplicabilidad, en concreto, de la asistencia del letrado prevista en el Artículo 6 del Convenio al ámbito del Artículo 5¹³⁴.

Sin tener en cuenta esto, el Tribunal continúa con su línea argumental, y una vez afirmado que la asistencia letrada del detenido constituye una garantía que asegura el respeto de sus derechos fundamentales, sostiene que la inexistencia de esta garantía en la declaración policial sólo sería relevante en la medida en que determinase indefensión posterior¹³⁵. Si no hay influencia en el proceso, el Tribunal no tiene en cuenta la ausencia de alguna de estas garantías¹³⁶.

En consecuencia, de esta garantía de asistencia establecida por la Constitución no se deriva, según el Tribunal Constitucional, «la necesi-

.....
¹³³ Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D: El detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, op.cit., p.32.

¹³⁴ Sobre esta cuestión, puede verse lo recogido en LIÑÁN NOGUERAS, D: El detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, op.cit., pp.87 y ss. Sin embargo el Tribunal Constitucional, en la STC 196/87, de 11 de diciembre, cita la Sentencia del TEDH, caso Neumeister, en el que se hace depender el derecho de asistencia letrada de que exista una acusación.

¹³⁵ STC 94/83, de 14 de noviembre, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4. En esta misma línea, afirma el Tribunal que «el derecho de defensa no resulta violado simplemente porque se haya recibido una declaración en sede policial sin la presencia de abogado, pues (...) se garantiza en los términos que la ley establezca, y de la ley procesal se deduce claramente que los actos realizados sin asistencia de abogado pueden tener validez hasta que la causa llegue al estado en que se necesite el consejo de aquellos o se haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación» (Cfr. STC 47/86, de 21 de abril (ponente: Rodríguez Piñero), fundamento jurídico 1)

¹³⁶ STC 175/85, de 17 de diciembre, (ponente: Gómez- Ferrer Morant), fundamento jurídico 2. Descarta uno de los argumentos del recurso de amparo que resuelve, basándose en que no se alega que «la falta de asistencia letrada tuviera la menor influencia en el curso del proceso». En otra Sentencia dice el Tribunal que la ausencia de garantías en la detención policial «sólo podría ser relevante en este proceso constitucional en la medida en que las irregularidades hubieran incidido en las resoluciones judiciales impugnadas» (Cfr. STC 107/87, de 7 de octubre, (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 1)

ria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios. En la práctica, este Tribunal tan sólo ha tenido ocasión de reclamar dicha intervención en la detención y en la prueba sumarial anticipada, actos procesales en los que (...) el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes»¹³⁷.

Se considera suficientemente garantizado el derecho a la defensa si hay posibilidad de rectificar lo reflejado en las diligencias policiales posteriormente, ante el órgano judicial competente. El problema será cómo se determina si ha habido o no idefensión, y en qué grado; cómo podrá demostrarse una cosa o la otra, si no ha habido presencia del abogado ni de ningún representante judicial.

Además, esta línea jurisprudencial, que de alguna manera resta importancia a las diligencias policiales, no concuerda con el tratamiento que a estas diligencias se les da en otras ocasiones, como, por ejemplo, al plantear el derecho a la asistencia de un intérprete en el interrogatorio¹³⁸.

Como se ha dicho, esta interpretación del TC es sorprendente. Resulta difícil asegurar el respeto de los derechos del detenido «si se consiente y sacraliza la inexistencia de facto de la presencia de abogado en las diligencias policiales, puesto que se argumenta que posteriormente (durante el proceso) pueden ser modificadas, desconociendo de este modo que la garantía constitucional del Artículo 17.3 de la Constitución Española tiene un carácter objetivo, que deriva de su propia configuración como institución jurídica prevista en la propia Constitución (...) La ley no puede, y menos la jurisprudencia, aunque sea la de tan Alto Tribunal, dejar sin contenido una garantía específica descrita en la Constitución como institución jurídica que acompaña a un derecho fundamental tan relevante como es el de libertad personal»¹³⁹.

¹³⁷ STC 206/91, de 30 de octubre, (ponente: Gimeno Sendra), fundamento jurídico 2.

¹³⁸ El Tribunal Constitucional ha afirmado que este derecho a intérprete no sólo se refiere a las actuaciones judiciales, sino a «toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena, y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar». Cfr. STC 74/87, de 25 de mayo, (ponente: Latorre Segura), fundamento jurídico 3.

¹³⁹ FREIXES SANJUAN, Y REMOTTI, JC: El derecho a la libertad personal, op.cit., p.551.

No estamos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en varios aspectos. Por un lado, las garantías del Artículo 24 han de aplicarse a todos los ciudadanos, no sólo a los que ya están procesados. Todos tienen derecho a tutela judicial efectiva, y si una de las garantías de este derecho es la asistencia letrada, debe gozar de ella desde el momento de la detención, sobre todo teniendo en cuenta que el hecho de no estar asistido por un letrado puede perjudicarlo posteriormente¹⁴⁰. Dicho de otra manera, la asistencia letrada a los detenidos en las diligencias policiales y judiciales del Artículo 17.3 de la Constitución, es una forma del ejercicio de la defensa, por lo que conecta con el Artículo 24 de la Norma Suprema¹⁴¹.

«El derecho a la defensa es un derecho-garantía integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que constituye una de sus formas de ejercicio y, por tanto, aplicable a todos los supuestos de privación de libertad»¹⁴². La libertad personal debe quedar garantizada en todo momento y ante cualquier instancia, ya sea policial o judicial: en este sentido, es intrascendente entrar en la consideración de si el privado de libertad es detenido o procesado, o simplemente «retenido».

El Tribunal Constitucional debería haber declarado la inconstitucionalidad de las diligencias policiales realizadas sin asistencia letrada al detenido¹⁴³. Tampoco deberían permitirse obstáculos excesivos a esa posibilidad¹⁴⁴. Lo contrario supone «desconocer absolutamente la estructura y función constitucional de la asistencia letrada, como una forma del ejercicio del derecho de la defensa integrado a su vez como derecho-garantía en el derecho a la tutela judicial efectiva, la

.....

¹⁴⁰ Si no hay presencia de abogado no pueden ser medio de prueba, por no respetar las garantías del artículo 17, y por eso el Tribunal Constitucional sólo le otorga valor como denuncia. Cfr. STC 31/81, de 28 de julio, (ponente: Begué Cantón), fundamento jurídico 4.

¹⁴¹ Cfr. FREIXES SANJUAN, T, Y REMOTTI, JC: El derecho a la libertad personal, op.cit., p.17.

¹⁴² *Ibidem*, pp.549-550.

¹⁴³ En Venezuela, el derecho a la asistencia letrada se disfruta a partir del acto de declaración indagatoria, por lo que la negativa del funcionario a permitir la asistencia del abogado es inconstitucional. Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J: La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado, op. cit. p.104. Esta inconstitucionalidad sería también la de los controles de alcoholemia si no se hacen en presencia de abogado.

¹⁴⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, T Y GIMENO SENDRA, JV: La detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial, op.cit., p.179.

cual conforma la garantía judicial de la libertad personal como derecho público subjetivo»¹⁴⁵.

Además, si tenemos en cuenta lo que decíamos en el apartado anterior sobre la importancia real en un proceso judicial de las diligencias policiales, no cabe duda que es aconsejable, para garantizar los derechos del sometido a esas diligencias, establecer el requisito de la asistencia del letrado como presupuesto de la valoración de las declaraciones (y las diligencias policiales) incluidas en el sumario y no reproducidas en el juicio¹⁴⁶.

e) Posible colisión con el Artículo 15 de la Constitución.

El Tribunal descarta que la práctica de las pruebas de alcoholemia, tanto a través de los aparatos de aire espirando como de la extracción de sangre, sea contraria al Artículo 15 de la Constitución.

«Como el Ministerio Fiscal sostiene (con apoyo en la sentencia de 13 de diciembre de 1979 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el Artículo 15»¹⁴⁷.

«En modo alguno puede considerarse inconstitucional la previsión normativa de una prueba tendente a determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos de motor, y ello sin perjuicio de que la forma de realización de dicha prueba pueda presentar aspectos de relevancia constitucional (...) Lo relevante es sólo la regularidad constitucional en el modo de obtención de la prueba»¹⁴⁸.

III. CONCLUSIONES.

Se debe replantear el papel de las fuerzas de seguridad. Es más importante su misión como protectores de los derechos fundamentales

¹⁴⁵ FREIXES SANJUAN, T Y REMOTTI, JC: El derecho a la libertad personal, op.cit., p.551, nota 28.

¹⁴⁶ Cfr. VEGAS TORRES, J: La presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española en el proceso penal español, op.cit., p.431 y 432.

¹⁴⁷ STC 103/85, de 4 de octubre, (ponente: Arozamena Sierra), fundamento jurídico 3.

¹⁴⁸ STC 107/85, de 7 de octubre, (ponente: Rubio Llorente), fundamento jurídico 3.

que como exclusivos valedores del orden público¹⁴⁹. En una hipotética balanza en la que tomásemos, por un lado, la libertad y, por otro, la seguridad, nuestra legislación -no así la Constitución¹⁵⁰- opta, en muchos casos, por la seguridad. Pero el planteamiento es erróneo, y la solución también. «El puesto que corresponde a la libertad de movimientos no es dudoso: es la primera y más fundamental de las libertades límite, de modo que allí donde no se halle mínimamente garantizada puede decirse que no existe seguridad jurídica alguna»¹⁵¹. Ni la libertad y la seguridad tienen por qué estar enfrentadas, ni debe darse prioridad a la segunda, frente a un valor superior del ordenamiento jurídico como es la libertad¹⁵².

Desde que la libertad se consagra en la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico (Artículo 1.1), debe ser protegida por encima de posibles intereses de orden público, y por eso hay que tomar las garantías necesarias para realizar determinadas actuaciones policiales. El marco general constitucional es una garantía en sí mismo¹⁵³, pero necesita ser concretado para que resulte eficaz.

Para que la prueba de alcoholemia pudiese considerarse como prueba preconstituida en el juicio oral, debería practicarse bajo intervención de la autoridad judicial, con lo que gozaría de los efectos de una prueba pericial anticipada. El sometimiento a las pruebas, salvo que haya indicios de delito, debe ser voluntario, y por tanto, el traslado del conductor

.....
¹⁴⁹ Cfr. FREIXES SANJUAN, T Y REMOTTI, JC: El derecho a la Libertad Personal, p.22.

¹⁵⁰ En el propio Preámbulo de la Constitución se habla del establecimiento del ordenamiento de «la justicia, la libertad y la seguridad». En el artículo primero se establece como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad, pero no la seguridad, lo cual se ve reflejado en el articulado, tal como hemos sostenido en nuestra investigación.

¹⁵¹ VIVES ANTÓN, T Y GIMENO SENDRA, JV: La detención. Detenciones Ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial. Bosch. Barcelona, 1977, p.17.

¹⁵² «En la Ley de Seguridad Ciudadana se oponen libertad y seguridad como dos valores contradictorios en cuyo enfrentamiento se da preponderancia al segundo, y este entendimiento de la cuestión es erróneo. La seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad, y aun suponiendo posibles conflictos entre una y otra, la primacía corresponde a la libertad, pues la misma no sólo se plasma en distintos derechos individuales, sino que además es un valor superior del ordenamiento». GARZÓN REAL, B. Y MANJÓN CABEZA OLMEDA, A: « La ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?», En *Claves de razón práctica*, 1992. num.24, p.4.

¹⁵³ Cfr. FREIXES SANJUAN, T, Y REMOTTI, JC: El derecho a la libertad personal, op.cit., p.23.

ha de ser con su consentimiento¹⁵⁴. El juez debe velar por el cumplimiento de todas las garantías previstas en estos supuestos: informar de sus derechos al interesado, carácter voluntario de la prueba, asistencia de letrado, etc.¹⁵⁵ En caso contrario, una prueba de alcoholemia, incluso realizada voluntariamente, no puede ser nunca medio de prueba, por la imposibilidad que existe de reproducirla en el juicio.

La Ley de Tráfico vino a resolver el problema¹⁵⁶ que planteaba el hecho de que las pruebas de alcoholemia estuviesen reguladas por normas de rango inferior a la ley (Orden Ministerial del 81), pero no introdujo las garantías necesarias para asegurar la proporcionalidad que exige un mínimo respeto a los derechos fundamentales.

La figura de la retención, tal como se concibe en la práctica actualmente- una privación de libertad basada en la sospecha o en la intuición del funcionario, sin que haya indicios¹⁵⁷- no debe institucionalizarse, ni

¹⁵⁴ El traslado ante juez, sin consentimiento del individuo, constituye una privación de libertad, y, aunque se regulase en una ley orgánica, consideramos que no sería una medida proporcionada a este supuesto. Dejando a salvo casos graves, donde se haya cometido ya algún delito o haya indicios de ello. En este sentido, no estamos de acuerdo con el argumento que legitimaría esta conducción o la retención que permitía la O.M de 29 de julio de 1981, simplemente si pasase a ser regulada en una Ley, o, más bien, Ley Orgánica (Cfr. GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, op. cit., p. 83 y 84). La crítica a estas conductas no es meramente formal, sino también material, y por tanto, en nuestra opinión, por mucho que una ley las regulase, serían contrarias a la Constitución y a la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁵⁵ Aunque para fundamentar la tesis contraria, estas mismas ideas se resaltan por GIMENO SENDRA reclamando una reforma de la LECr, que permita la realización de las pruebas sin estas dificultades, tratando los delitos para la seguridad de tráfico de modo separado a los demás, de manera que pudieran ser objeto de un proceso penal monitorio, en el que no estuvieran previstas las penas de privación de libertad. Cfr. «El Valor Probatorio de los métodos alcoholométricos», op, cit. pp. 1109 y 1110. Cfr también, en este mismo sentido, ASENSIO MELLADO, JM: «Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional», Revista la Ley, 1986, vol II, p. 996.

¹⁵⁶ Problema que había sido denunciado en diversas ocasiones, como en el ya citado artículo de GIMENO SENDRA sobre «El valor probatorio de los métodos alcoholométricos», o por ASENSIO MELLADO, JM: «Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional», op. cit., p. 990.

¹⁵⁷ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la Seguridad Ciudadana», en AAVV, Seguridad Ciudadana, materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera. op, cit, p. 104. Sobre esta cuestión, cita diversas publicaciones: QUERALT JIMENEZ, JJ: «La retención policial es una detención inconstitucional», en Revista Actualidad Penal, núm. 38, 1989, pp. 2093-2094; IBÁÑEZ, A: «Viaje a la prehistoria de las garantías: La modernización de la Ley Corcuera», en Jueces para la Democracia, núm. 13, 1991 p. 6.

ser respaldada por la legislación. Sería tanto como permitir un ámbito de actuación discrecional de la policía, que no actuaría como policía judicial, puesto que no media ninguna petición del juez, y porque no respetaría las garantías exigidas por el Artículo 17 de nuestra Carta Magna.

El Tribunal Constitucional no ha contribuido a aclarar la situación. Lo que se debe conseguir es garantizar los derechos de los ciudadanos que se encuentren en esas situaciones. Quizá una posible solución sea la de «asimilar esas retenciones a la detención, con todos los derechos de garantía que de ella nacen para el sujeto»¹⁵⁸.

En caso contrario, las tentativas de abuso van a ser muy abundantes, lo que provocará, probablemente, un incremento de las retenciones ilegales, y una «cascada» de peticiones de amparo ante la violación de derechos fundamentales. En este segundo supuesto, se haría necesario, para muchos autores, alterar el modelo de garantías, haciendo difusa la tutela de esos derechos¹⁵⁹.

En la línea de admitir como variantes de la detención una serie de situaciones intermedias de privación de libertad, aplicándoles las mismas garantías del Artículo 17 podría interpretarse la inclusión del Artículo 380 en el nuevo Código Penal: al menos, se plantea la necesidad de la detención ante la negativa, si existen indicios de delito previos, y entonces sí se aplicarían las garantías del Artículo 17 de la Constitución.

.....

¹⁵⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V: La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, op.cit. p.77. En este mismo sentido, PORTILLA afirma que «la privación de libertad cautelar sólo puede reconducirse a las vías de detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la CE, sin que quepa alguna limitación de la libertad diferente de aquellas», Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G: «Desprotección de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la Seguridad Ciudadana», en AAVV, Seguridad Ciudadana, Materiales de Reflexión crítica sobre la Ley Corcuera, op.cit., p.104.

¹⁵⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V: La identificación de personas desconocidas. Comentario al artículo 20 de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana, op.cit., pp.88 y 179-180. También alude a la necesidad de prever la problemática que puede suscitar dejar a la discrecionalidad de los agentes la situación del individuo durante esas privaciones de libertad (Cfr. pp 125 y 130).