



El derecho a la libertad personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

MARÍA ELENA REBATO PEÑO*

Sumario

I. El concepto de libertad personal en el artículo 17 de la Constitución española; II. La detención como privación de libertad constitucional; III. La prisión provisional y IV. Las garantías del Estado democrático de derecho ante las amenazas: suspensión de derechos, terrorismo, seguridad y libertad personal.

Introducción

Resulta innegable que la convergencia de valores jurídicos en la Unión Europea ha modificado y enriquecido la visión de los derechos fundamentales de las cartas constitucionales de los Estados parte. En España,

* Doctora en derecho. Profesora titular de derechos constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinadora de los cursos de posgrado para iberoamericanos así como de varios títulos de especialistas y maestrías en la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesora invitada para impartir diversos cursos en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en el Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en México.

desde el marco legal hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han adaptado las directrices que favorecen el desarrollo y la maximización de las libertades públicas. Este trabajo muestra que las condiciones normativas y jurisprudenciales del sistema europeo de derechos humanos han favorecido interpretaciones y legislaciones más efectivas cuando se trata de proteger la libertad y la integridad personal.

I. El concepto de libertad personal en el artículo 17 de la Constitución española

La libertad personal es uno de los bienes más preciados del individuo; desde el surgimiento del Estado liberal ésta se define desde una vertiente de no interferencia, es decir, como un derecho que protegería a las personas de injerencias externas que le impidieran llevar a cabo una “actividad permitida”. Aunque tal como señala en una temprana sentencia el Tribunal Constitucional español:

la libertad [...] entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1), y en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2. imponen sin duda actuaciones positivas de este género (STC 6/1981 F. J. 5).

Con respecto al concepto de libertad personal que analizaré, es necesario tener en cuenta los conceptos de *autonomía*, *capacidad de actuación* y *libertad de elección*.¹ Todas estas notas se conjugan en el ar-

¹ En este mismo sentido se pronuncia Sánchez (1980: 118) ante una posible definición del concepto de libertad personal, afirma: “la libertad personal significa sustancialmente tres cosas que juegan siempre en toda afirmación cierta de una libertad; exención o independencia o autonomía por la que se constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla: poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social: libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varios haceres posibles”.

título 17 de la Constitución española (CE), que consagra como derecho fundamental que toda persona física no sufra injerencias en su ámbito de libertad personal, si aquellas restricciones no se encuentran previstas en las leyes o no cuentan con las garantías que la propia Constitución prevé para su aplicación.

El derecho a la libertad personal que se protege en el artículo 17 de la CE es la libertad física, deambulatoria y libertad corporal; no obstante, no se considera la dimensión intelectual como la libertad de expresión o pensamiento. Se trata, como lo señala el Tribunal Constitucional español (TC), de un derecho a autodeterminar una conducta lícita, a ser autónomo “para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan de acuerdo con sus intereses y preferencias” (STC 132/1989). Este es además el derecho que se protege en los distintos apartados del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que será un referente constante para los operadores jurídicos nacionales y en el que se establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”; asimismo, en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.²

En lo que respecta a la titularidad del derecho fundamental, ésta se predica en todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad por entender que nos encontramos en uno de esos derechos fundamentales directamente vinculados con la dignidad humana. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 y más concretamente en la sentencia 115/1987, en relación al internamiento de extranjeros como medida preventiva previa a su expulsión del territorio nacional.

² La referencia a la seguridad que argumentan tanto la Constitución española en el artículo 17 como el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben entenderse como una alusión a la seguridad física y no a la seguridad jurídica o ciudadana. La seguridad aludida en estos preceptos implica “la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”(STC 15/1986).

Las personas jurídicas carecen de facultades de movimiento, de la capacidad de deambulaci3n y de personalidad y, por tanto, quedarían excluidas de la titularidad del derecho, es decir, durante la privaci3n de libertad, este derecho a la libertad personal queda suspendido en su ejercicio recuperándose en su totalidad cuando aquélla acaba.

El artículo 17.1 de la CE señaala que nadie puede ser privado de su libertad si no es en los casos y en las formas previstas en la ley. Algo semejante ocurre en la redacci3n del artículo 5.1 del CEDH, en el que textualmente niega que alguien pueda ser privado de libertad “salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”; en esta disposici3n, la enumeraci3n de privaciones de libertad permitidas por el Convenio est3n determinadas con car3cter exhaustivo en su texto, cosa que no ocurre en la Constituci3n espaola. En relaci3n con las privaciones de libertad “permitidas” lo trataré en el próximo capítulo.

De ambos textos se derivan dos consecuencias muy claras: la primera es la necesidad de determinaci3n legal de todas las privaciones de libertad y, la segunda, advierte que toda afectaci3n de la libertad personal no amparada legalmente será ilícita. Aunque a éstas hay que añaadir una tercera referente al caso del ordenamiento jurídico espaol, esa reserva de ley debe revestir el car3cter de orgánica. Tal como lo señaala el TC en la sentencia 140/1986 “las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad” y, por tanto, todas aquellas normas que establezcan penas privativas de libertad deben tener este car3cter.³ Así se reitera posteriormente en la STC 160/1986 en la que declara inconstitucional el precepto 7.1 de la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios que establece penas privativas de libertad y que carece del car3cter de orgánica.

³ “El derecho a la libertad del art. 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos en la ley; en una ley que por el hecho de fijar las condiciones de tal privaci3n es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal y en general las normas penales son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la CE, en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener car3cter de orgánicas” (STC 160/1986).

Tanto en los textos nacionales como en los internacionales se refleja la necesidad de dejar en manos del legislador (orgánico en el caso español) la determinación de las limitaciones al derecho de libertad en forma de privaciones; alejando así al Poder Ejecutivo de posibles tentaciones en ese sentido y otorgando a la persona la seguridad jurídica de no afectación salvo en los supuestos tasados. Lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otros, en el *Caso Riera Blume y otros contra España*, del 14 de octubre de 1999, en el que ante el internamiento confirmado judicialmente de personas mayores de edad para someterlos a un tratamiento psicológico de “desprogramación” tras haber sido liberados de una secta; declara que se ha producido una violación del artículo 5.1 del CEDH, ya que esta modalidad de privación de libertad que duró 10 días no estaba prevista legalmente en el ordenamiento jurídico español.⁴

El desarrollo legal del artículo 17 de la CE se lleva a cabo fundamentalmente por la Ley Orgánica de protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, del 30 de marzo; la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim), recientemente modificada por la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre, y la Ley Orgánica 6/1984 del 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. En el caso de suspensión del derecho de libertad personal y de algunas de sus garantías (ya que el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus* no puede nunca suspenderse), habrá que remitirse a la Ley Orgánica 4/1981 de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Pero la reserva legal no es un “cheque en blanco” para el legislador, sino que únicamente podrán contemplarse privaciones de libertad en la ley, atendiendo a los principios de proporcionalidad y necesidad. La limitación de la libertad personal debe ser la última medida a adoptar y no la regla general ante cualquier infracción penal o administrativa. El Tribunal Constitucional en la sentencia 178/1985, exige “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la res-

⁴ En esta misma línea la sentencia del TEDH *Medvedyev contra Francia* del 10 de julio de 2008, en los que se tiene privados de libertad a los tripulantes de un barco en sus camarotes durante 13 días bajo la custodia de militares franceses, cuando esta privación de libertad no se encuentra expresamente prevista en la legislación aplicable al caso.

tricción 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”.⁵

II. La detención como privación de libertad constitucional

Las privaciones de libertad del ordenamiento jurídico

Como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad personal puede sufrir limitaciones. Sin embargo, éstas deben estar expresamente previstas por el legislador, respetar el contenido esencial del derecho, ser proporcionales y encontrarse contempladas en el listado exhaustivo de privaciones de libertad dispuesto en el artículo 5 del CEDH, que será el marco comparado de referencia.

Nuestra Constitución únicamente prevé de forma expresa dos situaciones privativas de libertad previas a la condena: la detención y la prisión provisional. No ocurre lo mismo con el artículo 5 del Convenio que de manera taxativa y detallada enumera todas las privaciones de libertad posibles, éstas son reformuladas por Banacloche (1996: 113) en seis, concretamente:

- “Detención o internamiento vinculadas a un proceso pendiente”, que se corresponderá con los supuestos contemplados en el artículo 5.1 b), primer párrafo, y 5.1 c).
- “Detención o internamiento vinculados a un proceso que ha terminado con una sentencia condenatoria”; artículo 5.1 a).
- “Detención o internamiento para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley”; artículo 5.1 b), segundo párrafo.

⁵ En el mismo sentido la STC 341/1993 señala qué casos pueden motivar una privación de libertad: “en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo [...]. La ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad”.

- “Detención o internamiento de menores, con objeto de vigilar su educación o hacerle comparecer ante la autoridad competente”; artículo 5.1 *d*).
- “Detención o internamiento vinculados a la policía de fronteras”; artículo 5.1 *f*).
- “Internamiento de sujetos socialmente inadaptados o peligrosos”; artículo 5.1 *e*).

El legislador nacional y los legisladores de los países firmantes del Convenio no podrán establecer cualquier supuesto de privación de libertad, sino solamente aquellos que estén insertos en las previsiones del artículo 5.1 del CEDH, interpretados siempre de forma restrictiva.⁶

La detención y sus garantías

El apartado segundo del artículo 17 de la CE hace referencia a la detención preventiva y más concretamente al límite temporal de la misma, sin que se contemple una definición de la figura.

El concepto de detención puede ser diferente en función del carácter más o menos estricto que demos al mismo. Del tenor literal del artículo 17.2 de la CE deriva sin embargo una descripción de esta figura privativa de libertad, vinculada estrechamente con la idea de una privación de libertad de carácter temporal para la puesta a disposición judicial del individuo. No se trata por tanto de una detención por orden judicial, sino de una medida llevada a cabo por los particulares o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los supuestos digamos básicos, para aprehender al “sospechoso” en el caso de comisión de un

⁶ *Caso Engel y otros* (sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976). “... la lista de privaciones de libertad que enumera revisten un carácter exhaustivo como testimonian las palabras salvo en los siguientes casos” (párrafo 57); y el *Caso Irlanda contra el Reino Unido* (sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978) “En su apartado primero, el artículo 5 enumera los casos en los que el Convenio permite que se prive a alguien de su libertad salvo lo dispuesto en el artículo 15 –y sin perjuicio del artículo 1 del Protocolo número 4 ratificado por el Reino Unido–, la lista tiene naturaleza limitada que se desprende de las palabras ‘salvo en los casos siguientes’ y que confirma el artículo 17” (párrafo 194); entre otros.

delito (intento, ejecución, huida); fuga de un establecimiento penal o rebeldía, con la finalidad de ponerlo posteriormente a disposición del juez. Esto sin perjuicio de algunas particularidades que pueden producirse en el caso de la detención de menores o extranjeros.

Límite temporal de la detención

El párrafo 2 del artículo 17 prescribe: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial”.

De la lectura del precepto constitucional puede concluirse que se consagran dos plazos de la detención, uno relativo y otro de ellos absoluto; el primero es el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, el segundo, el plazo máximo absoluto que será de setenta y dos horas, salvo en los casos que veremos a continuación de detención por causa de terrorismo o en los supuestos de excepción y sitio.

Para que la detención sea inconstitucional no será necesario superar este plazo máximo de setenta y dos horas, sino que bastará con que se supere el tiempo mínimo imprescindible; que será también el presupuesto habilitante para la interposición de un procedimiento de *habeas corpus*.⁷ Esto se declara expresamente en la STC 224/1998, así como en la STC 288/2000, entre otras, cuando se afirma que la vulneración del artículo 17.2 CE:

no sólo se produce por rebasar el plazo máximo absoluto [...], sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspassa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de

⁷ Es lo que ocurre, entre otras, en la STC 95/2012, cuando la detención policial se prolonga más allá del tiempo mínimo imprescindible sin sobrepasar el plazo inexorable de las 72 horas, incluso cuando el detenido ya ha manifestado su intención de no declarar en sede policial.

los hechos, y sin embargo no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial.⁸

Uno de los problemas que plantea el plazo relativo es determinar cuándo se han realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. En nuestra opinión y dado que la fase instructora del proceso no comienza con la detención sino con posterioridad, entendemos que las averiguaciones a las que se refiere la Constitución española no son todas las necesarias para la investigación del presunto hecho delictivo, sino únicamente aquellas que requieren inmediatez en su práctica o la presencia del detenido en comisaría. Para la realización de estas actuaciones no deberían ocuparse más de 24 o 48 horas, como ocurre en derecho comparado,⁹ siendo excesivo a nuestro entender el plazo máximo de detención preventiva previsto por el constituyente español.

En lo que respecta al plazo máximo éste es improrrogable, salvo en el supuesto de detención por causa de terrorismo que puede ampliarse 48 horas más o con motivo de la declaración del estado de excepción y sitio que puede prolongarse hasta diez días. El plazo máximo de setenta y dos horas rige incluso en el caso de que se produzca una detención en alta mar y no sea posible llegar a puerto antes de la finalización de las mismas. Así se puso de manifiesto en la STC 21/1997 con motivo del abordaje del buque “Archangelos” y posterior detención de las personas que integraban la tripulación del buque como presuntos responsables de comercio ilícito. La llegada a puerto superó las 72 horas previstas como plazo detentivo máximo, más allá de las cuales correspondería a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad.

⁸ En este sentido también la STC 250/2006 advierte: “Puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente”.

⁹ Veinticuatro horas en Bélgica (artículo 12 Constitución belga) y Alemania (artículo 104.3 de la Ley Fundamental de Bonn) y 48 horas en Italia (artículo 13 Constitución italiana).

No obstante, el Tribunal Constitucional entiende que pese a que la privación de libertad excedió del plazo previsto constitucionalmente, la detención no devino inconstitucional porque estuvo bajo control judicial por radio desde el primer momento. En la actualidad el vacío legal existente en materia de detenciones en buques o aeronaves ha quedado cubierto por la introducción en la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del artículo 520 ter que prevé la puesta a disposición del detenido por medios telemáticos cuando no sea posible hacerlo físicamente en los plazos previstos:

A los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4. d) de la Ley Orgánica 6/1985 del 1 de julio del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo.

El plazo de la privación de libertad debe estar determinado con la mayor precisión posible en la ley que lo prevea. La ambigüedad en la determinación del plazo temporal que pueda ocasionar una duración excesiva o desproporcionada, en relación al hecho presuntamente cometido, estará vulnerando esta garantía temporal. Así lo declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Vasileva contra Dinamarca* del 25 de septiembre de 2003, referente a la conducción a dependencias policiales a efectos de identificación. Pese a que esta privación de libertad se encontraba expresamente contemplada en la normativa nacional y en el propio artículo 5.1. b) del CEDH, la ausencia de determinación del plazo para la misma tuvo como consecuencia que la demandante estuviera detenida a efectos de identificación más de 13 horas en comisaría, después de una discusión con un conductor de autobu-

ses que entendía que su título de transporte no era válido. El Tribunal entiende que estamos ante una privación de libertad con una duración desproporcionada, si atendemos tanto al hecho que lo motiva como a la posibilidad de que la policía hubiera adoptado otras medidas para reducir la presencia en dependencias policiales de la señora Vasileva.

Pero, ¿cuáles son los plazos previstos para la detención preventiva en los textos internacionales y en concreto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? El Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos se limita a manifestar, en su artículo 5.3, que toda persona detenida preventivamente deberá ser conducida sin dilación (*promptly* o *aussittôt*, en la redacción de los textos originales)¹⁰ a presencia del juez, sin fijar para ello un plazo determinado:

Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1. c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer los poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

No hay pues una traducción de la duración de la situación privativa de libertad en un número determinado de días u horas, ya el Tribunal en el *Caso Stögmüller contra Austria* del 10 de noviembre de 1969, señala la imposibilidad de hacerlo (párrafo 77); sino que únicamente puede hablarse de una exigencia de poner al detenido a disposición judicial en el plazo más breve posible. Más allá de ese requerimiento de brevedad, la jurisprudencia del TEDH apenas nos ofrece un criterio orientativo bastante flexible en función de las circunstancias que rodeen la situación. Así, unos periodos de detención de 6, 7, 11 e incluso 15 días sin poner a los detenidos en presencia judicial no son acordes con la brevedad del Convenio, mientras que uno de 4 o

¹⁰ Los votos particulares de la sentencia del TEDH del 29 de noviembre de 1988 en el *Caso Brogan y otros*. Consideran que el término francés significa “inmediatamente”; mientras que el vocablo utilizado en lengua inglesa otorga mayor flexibilidad.

5 días en supuestos tan especiales como la hospitalización del detenido, sí lo son (*Caso de Jong, Baljet Van den Brink contra Holanda*, del 22 de mayo de 1984 y *Caso MacGoff contra Suecia* del 26 de octubre de 1984).

En términos generales puede afirmarse que los plazos de detención preventiva señalados en la Constitución española y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respetan la exigencia de brevedad para la puesta a disposición judicial del Convenio, tanto en el caso del plazo mínimo relativo —tiempo mínimo imprescindible para la realización de las averiguaciones básicas para el esclarecimiento de los hechos y que puede alcanzar cierta flexibilidad en función de las circunstancias del caso—, como en el del límite máximo infranqueable (salvo en supuestos de terrorismo y de declaración del estado de excepción y de sitio) de las 72 horas.¹¹

Los derechos del detenido

La Constitución española en su artículo 17 no sólo establece una reserva legal y un plazo temporal para determinadas privaciones de libertad, sino también contempla determinadas garantías para el detenido, tanto en su párrafo tercero, que reproducimos a continuación, como en su apartado cuarto en el que reconoce el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus*: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

Esta enumeración de derechos se complementa con lo previsto en el artículo 520 de la LeCrim, que reitera los derechos constitucionales que asisten al detenido e incluye otros que veremos más adelante. Obviamente estos derechos están dirigidos a evitar la indefensión del detenido, quien en el momento de su detención se encuentra en una clara situación de inferioridad que debe subsanarse con la comunicación inmediata de aquellos.

¹¹ Un estudio detallado de la polémica doctrinal en relación al plazo puede encontrarse en Rebato Peño, M. E. (2006).

La detención deberá llevarse a cabo, tal como lo señala el artículo 520.1 de la LeCrim, “en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”; añadiéndose en la reciente reforma de este texto legal en 2015 una obligación extra para aquellos que ordenen o participen en la detención de salvaguardar el derecho al honor, intimidad e imagen de los detenidos.¹² El legislador ha tratado de evitar la denominada, por algún sector doctrinal y también por los medios de comunicación, “pena de telediario”. Es decir, que la imagen del detenido, así como otros aspectos estrechamente relacionados con su derecho al honor o a la intimidad no provoquen una condena anticipada en la sociedad tras su exhibición en los medios de comunicación. No obstante, la defensa de estos derechos fundamentales deberá llevarse a cabo de forma que se respete la libertad de información, es decir, realizando una adecuada ponderación entre los derechos del artículo 18 de la CE y el derecho a la libertad de información.

La detención constituye ineluctablemente un momento intrínsecamente violento emocionalmente y, en algunas ocasiones, físicamente, por lo que en esta situación parece inadecuado enumerar todos los derechos que asisten al detenido. Esto no obsta para que de forma inmediata, en el mismo momento de su detención se le comuniquen básicamente aquellos derechos que impidan la indefensión del detenido, y cuya importancia sea mayor entre las garantías que le asisten.

De la redacción de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente podemos extraer la conclusión de que el detenido debe inmediatamente ser informado, de modo que le sean comprensibles las razones de su detención y de los hechos que se le atribuyen, así como de los derechos que le asisten. Tal como se señaló, la violencia del momento no aconseja la enumeración de todos y cada uno de los mismos, pero sí de los más relevantes, que entendemos po-

¹² “La detención y la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona reputación y patrimonio. **Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos, con respecto al derecho fundamental a la libertad de información** (las negras fueron añadidas por la Ley Orgánica 13/2015)...”.

drían ser el derecho a ser informado de las razones de su detención de forma comprensible y los que denominamos “derechos declaratorios”, es decir, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. El resto de derechos podrán comunicársele una vez que su situación sea estable.

El derecho a ser informado de las razones de su detención y de los derechos que le asisten

El artículo 17.3 de la CE prevé que toda persona detenida debe ser informada de las razones fácticas y jurídicas, añadimos nosotros, de su detención. Tal y como señala el TEDH en el *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 28 de octubre de 1994, el derecho a ser informado de las razones de su detención es “una garantía elemental: toda persona detenida debe saber por qué”. Esta garantía constitucional, que también se contempla en el artículo 5.2 del CEDH, puede modularse en función de las circunstancias del caso, permitiendo que la información que se ofrece al inicio de la detención sea más o menos detallada.

La información que deberá ser proporcionada tan pronto como sea posible o en el más breve plazo, siguiendo la terminología del Convenio, debe hacer referencia a las razones fácticas y jurídicas de su privación de libertad para que pueda discutirse la legalidad de la misma. Deben comunicársele los hechos que se le imputan, las razones por las cuales se le cree responsable de esos hechos y los preceptos legales por los que los hechos sean delictivos y en los que se apoya la detención. Esta información inicialmente suministrada no vincula al juez y puede ser modificada posteriormente, sin que esto signifique que pueda ofrecerse al detenido una razón falsa para conducirlo a la comisaría y una vez allí comunicarle los motivos reales de su detención.¹³

¹³ Así lo señala el TEDH en el *Caso Conka contra Bélgica* del 5 de febrero de 2002, en el que se declara que se ha producido una vulneración del artículo 5.1. f) del Convenio en una detención con fines de expulsión, pero revestida como una simple detención para completar los papeles de asilo. El engaño de las autoridades belgas llevando a comisaría a los demandantes de origen eslovaco para explicar los motivos de su solicitud de asilo, y decretando inmediatamente la detención preventiva supone una vulneración del derecho de los demandantes a no ser privados de libertad si no es en los casos y en las formas previstas en el Convenio, que en este caso no fueron respetados. No obstante,

Toda esta información deberá ofrecerse al privado de libertad en una lengua que le sea accesible y comprensible, lo que implica que se le provea de intérprete, según establece el artículo 520 e) de la Le-Crim; cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate; si es menor habrá de utilizarse un léxico adecuado a su edad; si se trata de un sordomudo se le designará un intérprete; si no sabe leer y escribir y si conociera la lectura y escritura se le comunicarán todos los derechos y diligencias por escrito.

De forma bastante peligrosa en nuestra opinión, el TEDH ha minimizado la exigencia de informar los motivos de la detención a los privados de libertad en supuestos de terrorismo. Así, en el *Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido*, del 30 de agosto de 1990, indica que una persona privada de libertad no tiene necesariamente que ser expresamente informada de los motivos de su detención, si esta información puede inferirse de otras circunstancias, por ejemplo, de los interrogatorios a los que se les ha sometido:

En el momento en que la policía les detuvo se limitó a comunicarles que lo hacía con arreglo al artículo 11 de la Ley de 1978 por considerarles sospechosos de terrorismo. Esta mera indicación del

el TEDH entiende que no se ha producido vulneración de su derecho a ser informado de las razones de su detención, puesto que una vez en comisaría se les notifica que han sido detenidos con base en la Ley de Extranjería Nacional para prevenir su posible huida para evitar su expulsión del territorio nacional. Algo parecido había sido abordado por la Corte Suprema americana en 1973; según García Morillo (1995: 116-117): en el asunto *R v Inwood*, cuando el señor Inwood fue voluntariamente a comisaría para ser entrevistado y una vez allí se le registró y tomaron las huellas sin que en ningún momento se le informara de que estaba bajo arresto, motivo por el cual intentó abandonar la comisaría con el consiguiente problema con las fuerzas policiales que se lo impidieron. La Corte absolverá al demandante bajo el argumento de que debe quedar claro que el sujeto está detenido y en este caso, el Tribunal considera que este extremo no había sido probado “Depende de las circunstancias de cada caso particular si en efecto ha quedado claro que un hombre ha sido arrestado [...] Ninguna fórmula será válida para todos los casos y es posible que deban seguirse diferentes procedimientos dependiendo de la edad de las personas, su origen étnico, su conocimiento del inglés, su capacidad intelectual y sus condiciones físicas y mentales. No hay fórmula mágica, sólo la obligación de dejar claro al sospechoso que ya no es un hombre libre”.

fundamento legal de la medida no cumplía las exigencias del artículo 5.2 y el Gobierno así lo reconoce. Sin embargo posteriormente la policía interrogó a cada demandante sobre su presunta participación en acciones delictivas concretas y su supuesta pertenencia a organizaciones prohibidas. Nada hace pensar que no pudieran comprender de esta manera los motivos de su privación de libertad. Por consiguiente se les dijo durante los interrogatorios por qué se les consideraba sospechosos de terrorismo.

La misma línea doctrinal continúa en el *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 28 de octubre de 1994, o en el *Caso Dikme contra Turquía*, del 21 de julio de 2000. En esta última sentencia vuelve a manifestarse que los detenidos podían deducir los motivos de su privación de libertad. En concreto en los párrafos 54 y ss. el Tribunal señala expresamente que el demandante sabía por qué se le condujo a comisaría después de mostrar unos papeles falsos en un control policial de identidad y cuando en los interrogatorios policiales posteriores se le había vuelto a preguntar por su identidad y su pertenencia al grupo armado Dev Sol. Por tanto, el TEDH concluye que el detenido debería inferir que estaba detenido por ser sospechoso de pertenecer a ese grupo terrorista.

En mi opinión, esta línea jurisprudencial europea se aparta de la tendencia garantista seguida hasta el momento por este Tribunal. No se puede hacer depender de la destreza mental o incluso perspicacia del privado de libertad el conocimiento de las razones de su privación, que es condición básica para, entre otras garantías, impugnar la legalidad de la misma. Todo esto, además de no olvidar que la detención se produce siempre en unas circunstancias no de violencia física sino psicológica en las que los detenidos no se encuentran en plenas facultades cognoscitivas. Por ello y teniendo en cuenta que suministrar la información detallada de los aspectos básicos, incluso a presuntos terroristas, no perjudica otros bienes o valores; creo que esta línea jurisprudencial debía reconducirse.

Evidentemente, el derecho a que la información sea proporcionada en forma que le sea comprensible lleva implícito el derecho de los extranjeros a ser asistidos gratuitamente por un intérprete, reconocido expresamente en el artículo 520. e) de la LeCrim.

En principio este derecho se circunscribía únicamente a los detenidos de nacionalidad extranjera, pero tras recurrirse el precepto ante el Tribunal Constitucional, éste en la STC 74/1987 interpreta que la nueva redacción del apartado 2. e) del artículo 520 de la LeCrim, realizada por la Ley 14/1983, era simplemente una deficiencia legislativa, que únicamente podría considerarse inconstitucional si se interpretaba en sentido excluyente, es decir, negando el derecho a intérprete al español que no entienda el castellano, pues esto “supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución”. Se extiende por tanto esta garantía a españoles que desconozcan el castellano, ya que se trata de un derecho que deriva directamente de la Constitución y que no exige, aunque sería conveniente, un desarrollo legislativo para su ejercicio.

La segunda parte del derecho a ser informado de las razones de su detención es conocer los derechos que le asisten como detenidos, en virtud del artículo 17.3 de la Constitución española y 520 de la LeCrim, y en el que básicamente pueden distinguirse otros dos bloques: el primero estaría formado por dos derechos o garantías declaratorias, es decir, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable, que tienen mención constitucional; el segundo estaría constituido por otros derechos que sólo se contemplan a nivel legal, como el derecho a comunicar la detención o el derecho al reconocimiento médico forense. Estos últimos serán examinados en un apartado diferente por razones de sistematicidad.

La Constitución en su artículo 17.3 reconoce expresamente que el detenido no podrá ser obligado a declarar. La LeCrim desarrollará en el artículo 520.2, párrafos a) y b) este genérico derecho al silencio y detallará el contenido de las garantías declaratorias; incluyendo el derecho a guardar silencio, bien absoluto o relativo, ante determinadas preguntas y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Estos derechos no se contemplan de manera expresa ni en la legislación comparada europea ni tampoco en los textos internacionales, pese a lo cual el propio TEDH señala en el *Caso John Murray contra el Reino Unido*, del 8 de febrero de 1996:

aunque el artículo 6 del Convenio no lo menciona específicamente, no hay ninguna duda de que el derecho a no hablar durante un interrogatorio de la policía y el derecho a no condenarse a sí mismo son unas normas internacionales que están reconocidas de manera general, que están en el centro de la noción de un juicio justo consagrada por el artículo 6.

El detenido tendrá derecho a guardar silencio absoluto o relativo, sin que del mismo se extraigan ningún tipo de consecuencias para quien ejerce el mismo. Así se manifiesta en el *Caso Funke contra Francia*, del 25 de febrero de 1993, *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 8 de febrero de 1996, de las que hace eco el Tribunal Constitucional en las SSTC 161/1997, Tol. 80.785 y 202/2000. También tiene derecho a no declarar ni ante la policía ni ante el juez de instrucción o, por el contrario, a manifestar que sólo lo hará ante este último o sólo ante la policía.

Derecho a la asistencia letrada

El artículo 17.3 de la CE reconoce el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca; el texto constitucional se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y más concretamente al artículo 520, que ha sufrido una profunda reforma tras la Ley Orgánica 13/2015. La misma ha traspuesto al ordenamiento español la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad, así como a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la privación de libertad.

La nueva regulación de este derecho ha sido favorable al contenido esencial del mismo y ha fortalecido más el derecho de defensa de los detenidos en la línea de lo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para los acusados. En efecto, el artículo 5 del CEDH, relativo a las detenciones y otras privaciones de libertad, no contempla este derecho para los detenidos, al igual que no lo hacen la

gran mayoría de ordenamientos comparados, relegando la figura de la asistencia letrada al momento en que existe una acusación formal. El detenido no está aún acusado de nada y por tanto quedaría fuera de esta protección, que a mi modo de ver, es sumamente ventajosa.

Del desarrollo legal del artículo 17.3 de la CE se extraen varias consecuencias. En primer lugar, que la asistencia letrada al detenido es irrenunciable, salvo en un supuesto en concreto, es decir, cuando el detenido lo sea por un delito contra la seguridad en el tráfico y, segunda, que esta asistencia letrada, salvo en supuestos de incomunicación, podrá llevarse a cabo por un abogado de libre elección o, por el contrario, designársele uno de oficio.

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978, se ha diferenciado claramente entre el derecho a la asistencia letrada del detenido (artículo 17.3 de la CE) y el derecho de defensa al acusado (artículo 24.2 de la CE). El desarrollo legal que se realizó de la asistencia letrada previa a la acusación fue, en nuestra opinión y hasta el momento de la reforma mencionada del 2015, totalmente desfavorable al propio ejercicio del derecho, ya que redujo la figura del letrado a “un mero convidado de piedra” (Rebato, 2006: 214). La limitación del derecho se produjo *ex lege* y nunca por mandato constitucional que únicamente diferenció nominalmente la figura del letrado en razón de la etapa procesal en la que actuara.

En la importante sentencia 196/1987, el Tribunal Constitucional marcaba claramente una línea totalmente opuesta a la que nosotros defendemos, que estamos ante un mismo derecho —el derecho de defensa— aunque en dos momentos distintos. La sentencia mantiene:

mientras que la asistencia letrada al detenido tiende a asegurar 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.

La asistencia letrada al acusado tiende sobre todo a asegurar el derecho de defensa, la contradicción de las partes en el proceso y a ofrecer un asesoramiento técnico que no se da en la situación del detenido.

La consecuencia directa de lo anterior es constitucionalizar la decisión del legislador de limitar el derecho a la asistencia letrada de los detenidos incomunicados (artículo 527.1. *a*) de la LeCrim), que únicamente podían ser asistidos por un abogado de oficio, con quien no podrán entrevistarse de forma reservada.

El Tribunal Constitucional había previamente señalado, que si bien la libre elección del abogado forma parte del contenido normal del derecho a la asistencia letrada, no integra sin embargo su contenido esencial (STC 47/1986). Mientras el contenido esencial del derecho no puede ser sometido a “limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”; el contenido normal del derecho puede ser restringido por el legislador si “las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificados en la protección de otros bienes constitucionales y que sean proporcionales a la misma, que sobrepase su contenido esencial”.

Por tanto, el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada sería la efectividad de la defensa, que se vería satisfecho tanto por el abogado de oficio como por el de libre designación.¹⁴ El artículo 520.6 de la LeCrim en su redacción anterior limita la labor del letrado a cuatro actuaciones fundamentalmente: 1. Solicitar que se informe al detenido de los derechos que le asisten; 2. Asistencia a las diligencias policiales y judiciales de declaración y reconocimiento de identidad; 3. Solicitar terminada la declaración, la ampliación o aclaración de los aspectos que considere convenientes; y 4. Entrevistarse reservadamente con el detenido tras la declaración, salvo en los supuestos de incomunicación. Básicamente, el letrado adoptaba una postura pasiva que se limitaba a garantizar que los derechos del detenido no fueran conculcados.

¹⁴ No opinan lo mismo los magistrados Begue Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa en los Votos Particulares a la STC 196/1987, en los que manifestaban que pese a que la defensa del detenido no conlleva la complejidad de la del acusado, no puede afirmarse “que la asistencia técnica, el apoyo moral y la ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención puedan lograrse de igual o equivalente modo por el abogado que goza de la confianza del detenido –y por ello lo nombra libremente– que por quien le resulta desconocido y ha sido designado sin su intervención y de modo aleatorio para él”.

Las críticas de un sector doctrinal —entre el que nos encontramos—, a esta minusvaloración de la figura del abogado en comisaría, las quejas de los Colegios de Abogados, unidas a la aprobación de la Directiva Europea 2013/48, han ido abonando a la reforma legislativa en este punto que ha incorporado como principales novedades las siguientes:

- El reconocimiento del derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido antes incluso de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial.
- En los casos de lejanía geográfica del abogado, se facilitará la comunicación por vía telefónica o videoconferencia con su defendido, salvo que esto sea imposible.
- Se permite al letrado participar en las diligencias de reconstrucción de los hechos en las que participe el detenido.
- El abogado puede informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento para la realización de determinadas diligencias.
- Se reconoce expresamente la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y detenido, salvo algunas excepciones previstas en la propia ley.
- Se agiliza la presencia del letrado en dependencias policiales, reduciendo el plazo anterior de ocho horas desde la comunicación al Colegio de Abogados a las tres horas actuales.

El derecho a instar el procedimiento de habeas corpus

Los constituyentes cierran el artículo dedicado al derecho a la libertad personal, contemplando un procedimiento denominado de *habeas corpus* que tiene como principal y exclusiva finalidad “la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”, y que será regulado mediante ley tal como lo manifiesta el artículo 17.4 de la CE.

Este procedimiento, cuyo origen se encuentra en el *writ de habeas corpus* inglés, será desarrollado legalmente por la Ley Órgánica 6/1984, del 24 de mayo, y queda definido por la Exposición de Motivos “como una comparecencia del detenido ante el Juez [...] y que permite

al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención”. Se configura así como un mecanismo de protección que el constituyente previó para el derecho de libertad personal específicamente, y que de manera complementaria sirve también para salvaguardar otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física o psíquica del detenido, ya que este procedimiento puede hacer cesar cualquier trato contrario a su dignidad o integridad que pueda estar sufriendo.

Es un procedimiento ágil, antiformalista (lo cual se traduce en la posibilidad de comparecencia verbal o escrita y en la innecesariedad de abogado y procurador) y extraordinariamente rápido, cuya única finalidad es poner a disposición judicial al privado de libertad que alega ilegalidad en su situación y que el juez decida únicamente sobre la continuidad o no de esa privación de libertad.

Antes de entrar en detalle en la regulación del procedimiento es necesario señalar que esta garantía del *habeas corpus* no se ha desarrollado por igual en todos los países en los que se encuentra reconocida con este nombre¹⁵ y que en líneas generales el procedimiento español es más limitado que el que se ha implantado en algunos países de América Latina, por ejemplo en Perú, el objeto del *habeas corpus* es de los más amplios que se contemplan, incluso dentro de las legislaciones de su propio continente, ya que permite apelar al mismo en el caso de torturas, desapariciones o similares.

El *habeas corpus* es un procedimiento de cognición limitada que ha de estar fundada en la existencia de una detención o privación de libertad de un ciudadano, cometida bien sea por los funcionarios de la autoridad gubernativa, o bien, por los particulares; siendo indiferente

¹⁵ En algunos países se ha cambiado el *nomen iuris* de este derecho, por ejemplo en Honduras, El Salvador o Guatemala donde se habla de Recurso de Exhibición Personal, o en Chile donde se conoce como recurso de amparo que protege la libertad personal. En México no existe propiamente *habeas corpus*, aunque gran parte de la doctrina considera que esta institución está intrínsecamente contemplada en lo que Fix-Zamudio llama “amparo-libertad” o “amparo-*habeas corpus*”.

la calificación jurídica de la misma (detención, retención, intervención personal, sanción disciplinaria), pues como ha dicho el TC:

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 sustraída 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” (STC 98/1986).

También se incluyen entre estas situaciones que pueden dar origen a una petición de *habeas corpus*, los internamientos ilícitos en cualquier establecimiento o lugar.

Estas privaciones de libertad que menciona el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, tienen que producirse sin haber mediado la intervención judicial. Así lo señala nuestro Alto Tribunal en la STC 194/2001 “Ahora bien, el que elige el procedimiento de *habeas corpus* ha de saber, [...] que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad NO acordada por órganos judiciales”.¹⁶ Un amplio sector doctrinal, entre el que no nos encontramos, avala la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y no contempla las privaciones de libertad de origen judicial como situación de hecho que pueda dar origen a un *habeas corpus*, mientras que otro critica su exclusión o no inserción en el cuerpo de la ley.¹⁷

En mi opinión, las privaciones de libertad de origen judicial, por ejemplo, el caso de la detención judicial de los artículos 494, 497

¹⁶ También entre otros el Auto 316/1996 establece: “La jurisprudencia mantiene que la Ley española no establece *habeas corpus* respecto de privaciones de libertad acordadas por autoridades judiciales, atendiendo al tenor de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. Por lo que el Juzgado de Instrucción núm. 16, en funciones de guardia el pasado 9 de julio, actuó conforme a Derecho al negarse a controlar la legalidad de la detención del actor, ordenada por el Juzgado núm. 10 en ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, de acuerdo con el artículo 17 CE” (SSTC 115/1987 y 144/1990).

¹⁷ En este mismo sentido López Muñoz (1992).

y ss. de la LeCrim, o los internamientos que, como veremos, llevan implícita una resolución judicial e incluso la prisión provisional, son situaciones a veces y en determinadas circunstancias, incluibles en los casos mencionados en el artículo 1 de la Ley Orgánica Habeas Corpus (LOHC), siempre y cuando no se tenga acceso a un recurso o procedimiento judicial específico donde poder alegar esa vulneración de la libertad personal, que no tiene por qué ser menos eficaz o garantista que el propio *habeas corpus*. Esta postura, además, estaría más en la línea del artículo 5.4 del CEDH, que si bien no menciona el término *habeas corpus*, sí hace referencia al derecho que tiene todo privado de libertad (sin que se mencione que tenga que tratarse de una privación de libertad no judicial) para “presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

Las privaciones de libertad que motiven una solicitud de *habeas corpus* deben ser **ciertas**. El procedimiento de *habeas corpus* únicamente podrá instarse cuando el sujeto está en ese mismo momento privado de libertad. No cabe la utilización de este procedimiento garantista en privaciones de libertad futuras, por muy seguras que éstas puedan ser; ya que no podemos olvidar que la finalidad del procedimiento de *habeas corpus* no es otro que poner a disposición judicial al privado de libertad. Si el sujeto que insta o para el que se solicita el *habeas corpus* no está aún privado de libertad, aquel pierde inevitablemente su sentido.¹⁸

¹⁸ En la regulación del procedimiento de *Habeas Corpus* en Estados Unidos, se combina esta exigencia de privación de libertad actual y futura y se señala que si bien las personas que buscan la protección del *habeas corpus* deben estar privados de libertad; cuando la futura restricción de libertad es suficientemente segura (por ejemplo, cuando existe una condena en otra jurisdicción, pero la orden de prisión aún no haya sido ejecutada), los tribunales procederán a examinar la legalidad de esta privación. Esta línea se pone de manifiesto en el *Caso Peyton vs. Rowe* (1968), en el que Rowe estaba cumpliendo una sentencia de treinta años por violación y se enfrentaría a otra de veinte años por rapto. En él, la Corte Suprema americana mantuvo que un prisionero podrá impugnar a través del procedimiento de *habeas corpus* la segunda de las sentencias consecutivas de encarcelamiento, mientras que permanece cumpliendo la primera y antes de que la segunda haya comenzado. Con este pronunciamiento el Tribunal Supremo americano acentúa la naturaleza flexible del mandamiento de *habeas corpus* y se aparta así del *habeas corpus* anglosajón, que nunca fue utilizado para detenciones futuras.

El artículo 3 de la LOHC realiza una enumeración amplia, aunque no exhaustiva, de los sujetos que se encuentran legitimados para la interposición de este procedimiento. Básicamente se contemplan dos tipos de legitimados: de oficio por el propio juez de instrucción, o bien, a instancia de parte, ya sea por el privado de libertad o por aquellos familiares y parientes cercanos al mismo (cónyuge, pareja, descendientes, ascendientes, hermanos), o por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

Pese al gran número de legitimados para iniciar el procedimiento, paradójicamente no hay mención expresa al abogado del detenido, ya que la legitimación por representación sólo está prevista para el caso de menores e incapacitados. Esta laguna legal ha sido afortunadamente cubierta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que con motivo de la interposición de sendos Recursos de Amparo, que alegaban violación del derecho a la libertad personal, entre otras razones, por la inadmisión del procedimiento de *habeas corpus* por falta de legitimación activa, al ser solicitado por el letrado de los privados de libertad; admite la legitimación de éste, por actuar en nombre y representación de su detenido, en las sentencias 55/1996 y 224/1998.

Hubiera sido altamente recomendable, tal y como ocurre en el *habeas corpus* anglosajón, que el legislador orgánico hubiese incluido la figura del conviviente que no tiene ni relación de parentesco con el detenido ni tampoco es su cónyuge o pareja. Sería el caso de aquel que comparte piso, por ejemplo, con un compañero de estudios o trabajo.

Creemos que lo más favorable a la eficacia del derecho contemplado en el artículo 17.4 de la CE sería optar por una fórmula más amplia de legitimados, incluyendo al letrado y al conviviente e incluso las asociaciones en pro de los derechos humanos, pero sin llegar a la universalidad que podría colapsar el procedimiento y poner en peligro la efectividad y celeridad del mismo.

La autoridad judicial competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* es tal como señala el artículo 2 de la Ley Orgánica de Habeas Corpus, el juez de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad. Si éste no consta, es competente el juez

de instrucción del lugar donde se haya producido la detención, y en su defecto, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

En el caso de detenciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la competencia corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción dependientes de la Audiencia Nacional; y en el supuesto de *Habeas Corpus* en el ámbito de la Administración militar, al Juez Togado Militar.

Una vez iniciado el procedimiento por los legitimados ante el órgano correspondiente y de forma previa a la admisión a trámite del mismo, el juez de instrucción deberá examinar la concurrencia de los requisitos para su tramitación (artículo 6 de la LOHC) y acto seguido trasladar dicha solicitud al Ministerio Fiscal, si éste no ha sido el que ha iniciado el procedimiento de *habeas corpus*.

El juez únicamente deberá comprobar si se respetan los requisitos procesales y relativos a su competencia, los requisitos formales del procedimiento, la capacidad de las partes y que exista realmente el fundamento del procedimiento de *habeas corpus*; es decir, si existe o no una privación de libertad, pero no deberá examinar el fondo de la cuestión. De este modo no va a caber un rechazo liminar a tramitar el procedimiento, salvo en el caso:

que esté debidamente fundado [...] pero debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales –tanto los presupuestos procesales como los elementos formales– que prevé el art. 4 de la Ley. Y al respecto cabe recordar que expresamente hemos admitido el rechazo liminar en supuestos de falta de competencia [...], así como en los casos en que no existía privación de libertad [...]. Sin embargo, existiendo una situación de privación de libertad, hemos mantenido que el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo, examinando dichas circunstancias (STC 232/1999. FJ 4º).¹⁹

¹⁹ Sobre este mismo tema, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional: 1/1995, 25/1995, 26/1995, 21/1996, 232/1999, 208/2000 y 287/2000.

El juicio sobre la legalidad o no de la privación de libertad deberá hacerse no en el trámite de admisibilidad sino en el juicio de fondo, posterior a la comparecencia y audiencia del interesado.²⁰ Así lo sigue manteniendo el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia 42/2015, en la que se reitera la necesidad de continuar con la jurisprudencia constitucional actual, hasta el punto de que el frecuente desconocimiento e incumplimiento de la misma dota a estas peticiones de amparo de trascendencia constitucional suficiente para admitir y estimar el amparo.

El trámite de incoación del procedimiento debe reducirse en aras a la sencillez del procedimiento, a un mero elemento del iter que nos conduce ante el juez y que sólo en supuestos de incompetencia manifiesta del juez ante el que se presenta la solicitud de *habeas corpus* (SSTC 44/1991; 106/1992 y 25/1995); ante la inexistencia a simple vista de una privación de libertad (STC 62/1995); o en supuestos de demandas donde falten los presupuestos exigidos por el artículo 4 de la LOHC, puede inadmitirse.

Admitido a trámite el procedimiento de *habeas corpus*, el juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada

²⁰ Ésta ha sido hasta el momento la línea jurisprudencial seguida por nuestro Tribunal Constitucional, si bien ha de mencionarse la existencia de sendos votos particulares de los magistrados Garrido Falla y Manuel Giménez de Parga a las sentencias 263/2000 y 287/2000, respectivamente. En ambas sentencias se consideran inconstitucionales los Autos de inadmisión del procedimiento de *habeas corpus*, sobre la base de que en éstos se anticipó la respuesta sobre el fondo en el trámite mismo de admisión, sin dar ocasión alguna al recurrente de comparecer y formular alegaciones y proponer, en su caso, los medios de prueba pertinentes al efecto de sostener su posición. Los Votos Particulares discrepan de esta consolidada línea doctrinal y estiman constitucionalmente admisible el auto denegatorio de incoación del procedimiento de *habeas corpus* por cuestiones de fondo, cuando dicha cuestión sea la inexistencia de una privación ilegal de libertad o esta resultara infundada. Así, se afirma que “la tesis de la mayoría olvida que el propio artículo 4 de la LOHC contempla como uno de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de *habeas corpus* la cita del ‘motivo concreto por el que se solicita’. Si ese motivo no es mencionado o sí, en caso contrario, resulta manifiestamente infundado, la demanda puede y debe ser inadmitida, según el artículo 6 LOHC [...]. No entenderlo así es tanto como convertir al Juez que conoce de esta garantía institucional en un Juez que revise la legalidad de la sanción disciplinaria, con grave hipertrofia del ámbito natural del *habeas corpus*” (287/2000, VP, 4).

de libertad, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre (artículo 7 de la LOHC).

Puesto el detenido en presencia judicial o personado el juez en el lugar de detención, a continuación el juez oír a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y abogado, al ministerio fiscal y a la autoridad bajo cuya custodia se encuentre.

Practicadas las pruebas pertinentes, el juez, en función del resultado de las mismas y de la causa de ilegalidad de la privación de libertad alegada, en el plazo de 24 horas desde el Auto de incoación del procedimiento, dictará Auto motivado estimatorio o desestimatorio de la pretensión del recurrente. En el caso de que tenga carácter estimatorio, el juez puede ordenar el restablecimiento pleno del derecho a la libertad personal del privado de libertad; mantener su situación pero en condiciones distintas, o bien, ordenar su puesta inmediata a disposición judicial.

Hasta aquí la referencia a los principales derechos del detenido que tienen mención constitucional. Nos ocuparemos ahora, aunque muy brevemente, de otros derechos que sólo se recogen en el desarrollo legal de este precepto, aunque no por ello tienen menor importancia.

Otros derechos del detenido

El derecho a comunicar la detención ha sido otro de los derechos afectados favorablemente por la reciente reforma de la LeCrim en 2015. Inicialmente se preveía únicamente que el detenido, salvo que estuviera en situación de incomunicación, notificara el hecho de la detención y de su lugar de custodia. Todo ello sin perjuicio de comunicarlo a las Oficinas Consulares en el caso de que se tratase de un extranjero.

En la actualidad se sigue manteniendo el derecho del detenido, salvo incomunicación, de poner en conocimiento del familiar o persona que se desee, no tanto el hecho de la detención (como se preveía en la redacción anterior de la LeCrim); sino de la privación de libertad en sí y el lugar de custodia; pero se añade a continuación un párrafo en el que se contempla el derecho a comunicar telefónicamente con un tercero de su libre elección, sin demora y con la presencia de un funcionario policial o el fiscal, salvo en el supuesto de incomunicación.

Si el detenido fuese extranjero, se comunicará además al cónsul de su país el lugar de su privación de libertad y se le permitirá su comunicación con él (artículo 520.3 de la LeCrim). Y si fuera menor, se comunicará a quienes ejercieran la patria potestad, tutela o custodia, además de ponerse a disposición de las secciones de menores. En caso de conflicto de intereses con las personas que tengan la patria potestad, tutela o custodia, se le nombrará al menor un defensor judicial, a quien también se informará del hecho y lugar de la detención (artículo 520.4 de la LeCrim).

Este derecho, pese a su no previsión en la Constitución española ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, adquiere una gran importancia sobre todo a la hora de hacer efectiva una de las garantías principales del privado de libertad, como es la posibilidad de instar el procedimiento de *habeas corpus*. El sistema español de legitimados para instar el procedimiento de *habeas corpus*, tal y como hemos visto, no contempla una legitimación universal, aunque ésta es bastante amplia y por tanto es relevante el hecho de conocer tanto la propia privación de libertad, como el lugar donde se encuentra bajo custodia. Si nadie conoce la detención, sólo el propio privado de libertad o el juez podrían iniciar el procedimiento.

Al igual que en el caso anterior nos encontramos con una garantía del detenido que únicamente se prevé a nivel legal y no desde el origen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que fue incluida a raíz de la nueva redacción del artículo 520 por parte de la Ley 14/1983, el derecho al reconocimiento forense. En la actualidad se encuentra prevista en el artículo 520.1. i) de la LeCrim.

Este derecho, del que puede hacerse uso tantas veces como se solicite, tiene como finalidad inmediata reflejar el estado físico y psíquico del detenido y se revela de suma importancia, tanto para el propio privado de libertad –pues supone una protección de su propia integridad física y psíquica–, como para aquellos funcionarios policiales que le custodian y que pueden ser acusados injustamente de un delito de torturas o tratos inhumanos o degradantes. En el caso de que el detenido estuviera sometido a incomunicación, este reconocimiento médico se efectuaría con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada 24 horas (artículo 527.3 de la LeCrim).

III. La prisión provisional

Como señalábamos al inicio de esta investigación, la prisión preventiva es la única forma privativa de libertad, que junto con la detención, recibe lineamientos directos del propio texto constitucional. Bien es cierto que en el caso de la prisión provisional, el constituyente se limita a remitirse al legislador para que sea éste quien determine el plazo máximo de su duración.

La prisión provisional es una medida cautelar a la que es sometido el acusado de un delito durante el tiempo que dura la tramitación del proceso, cuando el juez de instrucción ha considerado improcedente ponerle en libertad hasta la celebración del juicio. La regla general debe ser, tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Smirnova contra Rusia*, del 24 de julio de 2003, que una persona acusada de un delito sea puesta en libertad a la espera de la celebración del juicio, a menos que pueda demostrarse que hay pruebas pertinentes y suficientes que justificarían la continuidad de la privación de libertad.

Esta medida cautelar excepcional debe ser adoptada por la autoridad judicial y su duración, y las formas en que procede deben ser expresamente establecidas por la ley por exigencia del propio artículo 17.1 de la CE. Esta regulación legal, que se lleva a cabo en los artículos 520 y ss. de la LeCrim sigue las pautas que derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 5.3 CEDH, que aunque no habla explícitamente de prisión provisional, establece que toda persona detenida preventivamente tiene derecho a ser juzgada o puesta en libertad en un plazo razonable.

Sólo por tanto en los supuestos legales y para garantizar otros fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como: evitar el riesgo de fuga y de que el acusado no comparezca en el juicio (*Caso Stögmüller contra Austria*, del 10 de noviembre de 1969); la obstrucción del proceso mediante la adopción de medidas que perjudiquen a la administración de justicia (*Caso Wemhoff contra Alemania*, del 27 de junio de 1968), o de cometer nuevos delitos (*Caso Maztzeiner contra Austria*, del 10 de noviembre de 1969, apdo. 9), puede decretarse la misma.

Tanto la adopción de la medida, como la prolongación de la misma deben llevarse a cabo por una resolución judicial motivada en la que se exprese cuál es el presupuesto de la medida y el fin perseguido (SSTC 37/1996 y 22/2004, entre otras). No basta para admitir la imposición de la misma, argumentar que la gravedad del delito y su elevada pena, por ejemplo, acreditarían el riesgo de fuga, sino “que además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con la que se le amenaza, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado” (STC 66/2008, FJ 4), tales como el arraigo personal, social y profesional o los medios económicos de que dispone.

Ha desaparecido de la actual regulación *la alarma social* como causa motivadora de la prisión provisional. El Tribunal Constitucional en la importante sentencia 47/2000 en la que la prisión provisional del recurrente se fundamentaba exclusivamente en la alarma social, ha señalado que esta medida privativa de libertad con base únicamente en esta causa “presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad” que no corresponden en este momento del proceso y que por tanto vulnera el derecho a la libertad personal del individuo que la sufre.

En lo que respecta al plazo máximo de duración de esta medida, nada dice la Constitución sobre el mismo, ateniéndonos por tanto a lo previsto en el artículo 504 de la LeCrim, que en la actualidad fija como plazo máximo dos años prorrogables por otros dos. Todo ello sin perjuicio de que en caso de que el encausado sea condenado, la duración de la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena, si ésta se recurre. El plazo previsto por el legislador no puede ser contrario al principio de proporcionalidad y por tanto deberá modularlo, en función de la gravedad del delito (*Caso Neumister contra Austria*, del 27 de junio de 1968).

En cualquier caso, los plazos indicados son únicamente plazos máximos improrrogables, ya que la medida cautelar durará lo estrictamente necesario para alcanzar los fines que justificaron su adopción. El mantenimiento de la prisión preventiva una vez que se ha superado el plazo establecido, sin que sea prorrogada o puesto en libertad el individuo, supone una vulneración del derecho a la libertad y seguridad (Sentencia del TEDH *Bojinov versus Bulgaria*, del 28 de octubre de 2004).

Concluimos por tanto en este punto afirmando la excepcionalidad de la medida, hasta el punto de que algún sector doctrinal como Álvarez y Queralta (2005: 198) aboga porque fuera casi prácticamente sustituida “por el arresto domiciliario, que debería convertirse en la reina de las medidas cautelares y en la gran alternativa a la prisión preventiva”, lo cual sería menos lesivo para la presunción de inocencia y alteraría menos la estructura vital del afectado y provocaría “menores efectos desocializadores”.

IV. Las garantías del Estado democrático de derecho ante las amenazas: suspensión de derechos, terrorismo, seguridad y libertad personal

El actual Estado de derecho tiene que hacer frente a amenazas que alteran gravemente el orden público e incluso a atentados terroristas, cuyas características suponen un reto para las tradicionales garantías constitucionales del Estado. Éste entonces acaba convirtiéndose en lo que Huster *et al.* (2010: 20) llama el “Estado preventivo”, para el que cualquier ciudadano constituye un riesgo y que a veces se ve obligado a actuar afectando los derechos y libertades de sus propios ciudadanos, por ejemplo, el derecho a la libertad para evitar males mayores.

El Estado es responsable de la seguridad de sus ciudadanos, pero los instrumentos que utiliza para salvaguardar la misma limitan o restringen el derecho a la libertad de éstos. Piénsese por ejemplo en los cacheos y registros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para prevenir la comisión de delitos, o los cada vez más molestos controles a los viajeros en los aeropuertos. Parecería que en estos casos el Estado está primando el derecho a la seguridad sobre el derecho a la libertad personal. Pero el equilibrio en el binomio libertad-seguridad, en ningún momento debería cuestionarse ni hablarse de tensión entre ambos conceptos, puesto que, como afirma García (1995: 84), “ambas son la misma cosa” y lo único que habría que garantizar es el equilibrio “entre las facultades conferidas para garantizar la libertad y la seguridad y los mecanismos de protección contra la utilización arbitraria de estas facultades”.

Para hacer frente a estas amenazas en el ordenamiento jurídico español se contempla expresamente en el artículo 55 la figura de la

Suspensión de Derechos, como una garantía del propio ordenamiento constitucional y del Estado de derecho. Dentro del artículo 55 se distingue claramente entre una suspensión de derechos colectiva para el supuesto de declaración del estado de excepción y de sitio (artículo 55.1 de la CE), y de una suspensión individualizada (artículo 55.2 CE) para personas relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Veamos detenidamente estas dos figuras únicamente en lo relativo a la afectación al derecho a la libertad personal que estamos analizando.

La suspensión de la libertad personal con motivo de la declaración del estado de excepción y de sitio

Con la declaración del estado de excepción y de sitio rige lo que la doctrina ha denominado el “derecho de excepción”, el cual es estrictamente transitorio en el que se refuerzan los poderes del Ejecutivo y que es aplicable únicamente durante la situación de crisis con la finalidad de la superación de la misma. Será el legislador orgánico quien se encargue de regular estas situaciones excepcionales surgiendo de este modo la Ley Órgánica 4/1981, del 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Una de las primeras consecuencias que se pueden producir durante la vigencia de los estados excepcionales, es la limitación o suspensión de los derechos si así se establece en la declaración del estado de excepción y de sitio. Aunque como hemos señalado únicamente nos referiremos al derecho a la libertad personal y su suspensión.

Durante la declaración del estado de alarma, con motivo de una situación de catástrofe natural o tecnológica (artículo 4 de la LO 4/1981), la policía podrá imponer restricciones a la libertad ambulatoria, impidiendo el acceso a cualquier persona o vehículo a un determinado lugar e incluso retenerle por el tiempo imprescindible y siempre con la única finalidad de evitar una alteración mayor de la que se está produciendo, o facilitar el restablecimiento de la situación de normalidad. No hay pues suspensión del derecho a la libertad personal, sino una pequeña limitación o afectación del mismo.

En el caso de la declaración del estado de excepción:

Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fueran insuficientes para restablecerlo y mantenerlo... (artículo 13.1 de la Ley Órganica 4/1981).

Puede suspender la garantía temporal prevista en el artículo 17.2 CE y por tanto el plazo máximo de 72 horas para la detención ordinaria. Dicha suspensión se va a desarrollar en la Ley Órganica 4/1981, que introduce dos modificaciones con respecto a la regulación general del derecho a la libertad personal, a saber:

1. Aumenta el plazo máximo de detención sin puesta a disposición judicial, que pasa de las setenta y dos horas previstas constitucionalmente a los diez días, si bien la detención habrá de comunicarse al juez en el plazo de veinticuatro horas (artículo 16, Ley Órganica 4/1981).
2. Frente a la detención ordinaria por “motivos racionalmente bastantes” (artículo 492.4 de la LeCrim), la Ley Órganica 4/1981 posibilita a las autoridades gubernativas la detención cuando “existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público” (artículo 16, 1º y 2º, Ley Órganica 4/1981).

Freixes (1993: 165) considera que la posibilidad de detener por sospechas y no por hechos:

constituye una auténtica suspensión del derecho, puesto que la privación de libertad no queda afectada por actos contrarios a la ley sino de sospechas o presunciones olvidando que la Constitución establece como única presunción la de inocencia y que las situaciones excepcionales no legitiman regulaciones anticonstitucionales.

En el *Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido*, del 30 de agosto de 1990, el TEDH considera que en casos de terrorismo (que pueden asemejarse a la situación del estado de excepción) debe interpretarse con cierta flexibilidad el término “indicios razonables”, entendiendo que esto se cumple con la obligación de poder justificar al menos “datos sobre algunos hechos o informaciones que puedan convencerle de que había motivos racionalmente bastantes para sospechar que la persona arrestada era autora del delito alegado...” (párrafo 34).

En lo que respecta a la posibilidad de ampliar el plazo de detención sin puesta a disposición judicial a un máximo de diez días, nos parece un sacrificio excesivo del derecho a la libertad personal, incluso cuando el conocimiento judicial de la detención se prevé como inmediato (veinticuatro horas). Máxime cuando el sumo intérprete de la Constitución ante un plazo idéntico recogido en la legislación antiterrorista (Ley Orgánica 9/1984) lo declara inconstitucional. Sobre este asunto volveremos más adelante con ocasión del análisis de los plazos de detención en casos de terrorismo (STC 199/1987).

Si el estado de excepción que se declara es el de sitio por producirse o amenazar “producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no puede resolverse por otros medios...” (artículo 32, Ley Orgánica 4/1981); no sólo se suspendería el plazo máximo de detención, sino también las garantías que asisten al detenido ex (artículo 17.3 de la CE).

En ningún caso el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus* puede ser objeto de suspensión, ya que no cabe extraer esta conclusión ni de la dicción literal de la Constitución, ni tampoco de la Ley Orgánica de desarrollo de los estados de alarma, excepción y sitio.

Suspensión de derechos ante la amenaza terrorista. Libertad vs. seguridad

Los ataques terroristas de Estados Unidos en septiembre del 2001, en España, el 11 de marzo de 2004, o los más recientes producidos en París, en noviembre de 2015, han provocado una conmoción mundial y una sensación de inseguridad a nivel ciudadana y estatal que han dado lugar a lo que Carrasco (2010: 22) ha llamado “Estado de tensión”.

Ante esta amenaza, el constituyente español ya había previsto en el apartado segundo del artículo 55 la denominada “suspensión individual” de determinados derechos, como un medio adecuado para hacer frente a la actividad reiterada del terrorismo, siempre que éste “suponga un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional” (STC 199/1987).

La incorporación de la suspensión individual de derechos por causa de terrorismo supone una novedad, no sólo respecto a la historia constitucional española sino también en el entorno comparado, ya que no existe un precepto semejante al estudiado en ningún texto constitucional europeo.²¹ No obstante, algunos países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos instituciones semejantes a la suspensión individual de derechos, si bien no en el texto constitucional sino en sus leyes ordinarias. En el momento de elaborarse la CE de 1978, no debemos obviar que de manera indirecta y con algunas diferencias —unas veces sustanciales y otras de simples matices— la legislación europea, sobre todo la de Reino Unido, Alemania e Italia, recogían con motivo del fenómeno terrorista una completa colección de leyes en las que sí se suspendía alguno que otro derecho fundamental. Prácticamente en la totalidad de los países europeos la lucha contra el terrorismo no se ha constitucionalizado, sino legalizado.

Sin embargo, el constituyente español sí tenía un precepto de referencia en el ámbito supranacional, como era el artículo 15 del CEDH, que posibilita el denominado “derecho de derogación” al establecer que:

En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales me-

²¹ Actualmente existen algunas propuestas como las de Ackerman (2004) para elaborar una Constitución de emergencia, en la que se recogieran los supuestos en los que determinados derechos podrían ser limitados o suspendidos temporalmente, con el adecuado respaldo parlamentario “The Emergency Constitution”.

didadas no estén en contradicción con las obligaciones que dimanen del Derecho internacional sin que en ningún caso quepa la derogación del derecho a la vida, a no sufrir torturas, trabajos forzados u obligatorios (artículos 2, 3, y 4 del CEDH).

Para el ejercicio de este derecho de derogación es necesario: a) la existencia de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación; b) que las medidas no suspensivas de derechos, contempladas en el derecho ordinario, sean ineficaces ante la gravedad de la situación; c) que sólo se adopten las medidas estrictamente requeridas por las exigencias de la situación. Así se manifiesta en el *Caso Irlanda contra el Reino Unido* de 18 de enero de 1978, en el que el TEDH considera que:

Frente a una ola masiva de violencia e intimidación, el Gobierno británico, pudieron razonablemente entender que los medios de la legislación ordinaria no bastaban para la lucha contra el terrorismo y que tenían que recurrir a otros extraordinarios, fuera del ámbito del derecho común, bajo la forma de privaciones “extrajudiciales” de libertad.

El fenómeno del terrorismo español puede considerarse como un supuesto de hecho habilitante para la suspensión de derechos ya que tal como señala el TEDH en el *Caso Lawless contra la República de Irlanda* de 1 de julio de 1961, “en el contexto general del artículo 15 del Convenio, el sentido normal y habitual de las palabras alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación es suficientemente claro que se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado...”. Si la actividad de los grupos terroristas es amplia y grave, puede considerarse sin duda como una emergencia pública que amenaza la vida de la nación, y así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso señalado y también en el *Caso Aksoy contra Turquía* de 18 de diciembre de 1996.

Precisamente, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como iremos viendo, quien en palabras de Salinas (2010: 288) “ha establecido un sistema de lucha eficaz contra el terrorismo, pro-

visto de todas las garantías necesarias, y cuya jurisprudencia, sigue evolucionando para dar respuestas adecuadas a las nuevas expresiones de esta lacra internacional”.

Pero, ¿qué se entiende por terrorismo? Sobre el concepto de banda armada o elemento terrorista encontramos varias definiciones teniendo todas ellas en común un elemento ideológico. No se analizarán las mismas, sino que se utilizará la definición extraída de la STC 199/1987 en la que se concluía que debe considerarse como banda armada y, elemento terrorista, todas aquellas bandas que tuvieran cierta estabilidad e intención de permanecer en el tiempo, con carácter armado y que fueran capaces de producir terror en la colectividad por la alteración del orden público y la seguridad ciudadana. En esta definición encuadra perfectamente el grupo armado ETA, los grupos terroristas islámicos, y por tanto justificaría la realización por parte de los poderes públicos de una legislación antiterrorista.

En la actualidad, la suspensión individual de derechos prevista en el artículo 55.2 de la CE, se encuentra desarrollado por la LO 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre suspensión individual de derechos, que introduce, entre otros, el artículo 520 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y modifica otra serie de preceptos del mismo código. Esta legislación de desarrollo del precepto constitucional introduce algunas modificaciones respecto al régimen ordinario que afecta al ámbito del derecho a la libertad personal y, en concreto a la detención gubernativa. Se suspende la garantía de las 72 horas como plazo máximo de detención sin puesta a disposición judicial y se contempla la posibilidad de prolongar la detención “el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas”, siempre que la autoridad gubernativa lo solicite al juez durante las primeras 48 horas de la detención.

El juez autorizará o denegará la prórroga en el plazo de las 24 horas siguientes. De este modo, el presunto detenido terrorista podrá estar detenido hasta un máximo de cinco días, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Que sea necesario la prolongación del plazo ordinario para llevar a cabo las investigaciones pertinentes. 2. Que la solicitud de la prórroga por la detención gubernativa se halle

motivada. 3. Que el juez, mediante resolución motivada autorice dicha prolongación. Con anterioridad, el Tribunal Constitucional en la STC 199/1987 había declarado inconstitucional una detención de hasta 10 días por causa de terrorismo. Además la asistencia letrada al detenido, en estos supuestos, será como ya se ha señalado, de oficio, cuando se haya declarado la incomunicación.

La actual regulación que establece como plazo máximo de detención para los supuestos de terrorismo cinco días, no parece ser totalmente acorde con la exigencia de brevedad en la puesta a disposición judicial del artículo 5.3 CEDH, como así declaró el TEDH, en el *Caso Brogan y Otros contra el Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1988. En este caso el Tribunal consideró que se había vulnerado el concepto de plazo razonable previsto en el artículo 5.3 por unas detenciones llevadas a cabo bajo la Ley Antiterrorista inglesa de 1984, que oscilaron entre los cuatro días y seis horas de uno de los demandantes hasta los seis días de otro (la legislación permite hasta un máximo de siete días), “supera el estricto límite de tiempo que autoriza la primera parte del artículo 5.3 CEDH”.²² Con motivo de esta sentencia el Reino Unido estimando que no podía cumplir esa brevedad en la duración de la detención exigida por el Tribunal, dada la situación de alarma terrorista que vivía, se vio obligado a presentar una derogación al artículo 5.3 del Convenio. Esta decisión justificó que algunos años después en el *Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido*, de 25 de mayo de 1993, el TEDH, al hilo de esa derogación expresa del Reino Unido, entendiera que la detención de los demandantes –presuntos miembros del IRA– durante seis días y 14 horas no era incompatible con el Convenio.

²² No fue este punto unánimemente aceptado por todos los miembros del Tribunal, ya que algunos jueces reflejaron sus opiniones disidentes sobre la violación del artículo 5.3 CEDH, al entender que la redacción de este precepto permite cierto grado de flexibilidad en su interpretación (una mayor dilación en el plazo), sobre todo teniendo en cuenta la extraordinaria gravedad del terrorismo en Irlanda del Norte. Añadían además que si se habían entendido acordes con el Convenio detenciones en situaciones ordinarias de cuatro días, mucho más razonable sería entender aceptables privaciones de libertad de menos de siete días en la situación excepcional de Irlanda del Norte.

Independientemente del número de días en que se traduzca esa exigencia de brevedad de la privación de libertad sin puesta a disposición judicial, lo realmente importante es entender, tal como ha hecho el TEDH, que ni siquiera una situación de grave amenaza para la nación, como supone el terrorismo, otorga un poder ilimitado a los Estados para ordenar privaciones de libertad. Todo ello sin perjuicio de entender con cierta flexibilidad en estos casos las exigencias del Convenio. Son perfectamente compatibles la lucha contra el terrorismo por parte de los Estados y la defensa del derecho a la libertad personal como pilar básico del Estado de derecho.

Conclusión

Después de la vida, la libertad es uno de los valores *sine qua non* para el desarrollo y la proyección de la dignidad humana. Los esfuerzos de las legislaciones nacionales y regionales están encaminados a preservar una identidad axiológica dentro del sistema de protección europeo que impregna los corpus nacionales.

El CEDH establece supuestos claros para la suspensión de los derechos de libertad, que no podrán ser rebasados por las legislaciones nacionales. Sin embargo, hay casos excepcionales en que las medidas restrictivas no son suficientes.

De la ola de terrorismo que se vive a partir de los ataques en noviembre de 2015 en París y en Bélgica (marzo 2016), surge la necesidad de replantear mecanismos más eficientes para proteger el bloque de valores de la cavilación frente a los ataques del fundamentalismo y la violencia de grupos terroristas.

Los valores que persigue la realización humana no pueden sucumbir ante la amenaza de minorías con poder de dominación ideológica y retrograda, por lo que es necesario plantear supuestos racionales para modular la libertad individual en torno a los bienes públicos y a las libertades de la comunidad. Francia se vio obligada a regular el Estado de Excepción (État d'urgence) y tal determinación nos obliga a replantear las bases sobre las que se edifican los valores de la democracia y la paz. Ante todo, la protección de la vida y las libertades públicas sigue siendo la justificación del Estado.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- Ackerman B. (2004), “The emergency constitution”, *The Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, paper 121, pp. 1028-1091.
- Álvarez García, F. y A. Queralt Jiménez (2005), “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo”, en R. García y P. Santolaya Macheti (coords.), *La Europa de los derechos: el convenio de derechos humanos*, Madrid, CEPC, pp. 151-230.
- Banacloche, Palao, J. (1996), *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España.
- Carrasco Durán, M. (2010), “Medidas antiterroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001”, en F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13-56.
- Freixes San Juan, T. y J. C. Remotti Carbonell (1993), *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, PPU.
- García Morillo, J. (1995), *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Huster, S., E. Garzón Valdés y F. Molina (2010), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- López-Muñoz y Larraz, G. (1992), *El auténtico Habeas Corpus*, Madrid, Colex.
- Rebato Peño, M. E. (2006), *La detención desde la Constitución*, Madrid, CEPC.
- Salinas de Frías, A. (2010), “Detención, garantías esenciales y Estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, núm. 79, Madrid, UNED, pp. 285-333.
- Sánchez Agesta, L. (1980), *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional.

Instrumentos internacionales

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1971).

Legislación vigente

Constitución española (1978).

Constitución italiana (2012).

Constitución de Bélgica (2014).

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949).

Ley de Enjuiciamiento Criminal, *BOE*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 4/1981, *BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 1981.

Ley Orgánica 13/2015, *BOE*, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley 14/1983, *BOE*, núm. 310, de 28 de diciembre de 1983.

Ley 9/1984, *BOE*, núm. 240, de 6 de octubre de 1984.

Ley 4/1988, *BOE*, núm. 126, de 26 de mayo de 1988.

Ley Orgánica de protección de Seguridad Ciudadana, *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica Habeas Corpus *BOE*, núm. 126, de 26 mayo de 1984.

Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, *BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 1981.

Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, *BOE*, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *BOE*, núm. 310, de 28 de diciembre de 1983.

Ley 9/1984. De creación de los Servicios Regionales de Salud y Bienestar Social y del Instituto Regional de Estudios de Salud y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, *BOCM* núm. 138 de 11 de Junio de 1984.

Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia. *DOG* núm. 104 de 1 de junio de 1988 y *BOE*, núm. 176 de 23 de julio de 1988.

Sentencias

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Caso Riera Blume y otros contra España, 14 de octubre de 1999.

Caso Vasileva contra Dinamarca, 25 de septiembre de 2003.

Caso Stögmüller contra Austria, 10 de noviembre de 1969.
Caso Brogan y Otros contra el Reino Unido, 29 de noviembre 1988.
Caso De Jong, Baljet Van den Brink contra Holanda, 22 de mayo de 1984.
Caso MacGoff contra Suecia, 26 de octubre de 1984.
Caso Murray contra Reino Unido, 28 de octubre de 1994.
Caso Conka contra Bélgica, 5 de febrero de 2002.
Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, 26 de junio de 1990.
Caso Dikme contra Turquía, 11 de julio de 2000.
Caso Funke contra Francia, 25 de febrero de 1993.
Caso Smirnova contra Rusia, 24 de octubre de 2003.
Caso Wemhoff contra Alemania, 15 de julio de 2009.
Caso Maztzenner contra Austria, 10 de noviembre de 1969.
Caso Neumister contra Austria, 27 de junio de 1968.
Caso Bojinov versus Bulgaria, 28 de octubre de 2004.
Caso Irlanda contra el Reino Unido, 18 de enero de 1978.
Caso Lawless contra la República de Irlanda, 1 de julio de 1961.
Caso Aksoy contra Turquía, 18 de diciembre de 1996.
Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, 25 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional español

STC 6/1981 F.J. 5 Sala Segunda. Sentencia 6/1981, de 16 de marzo de 1981 (BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1981).
STC 132/1989 Pleno. Sentencia 132/1989, de 18 de julio de 1989 (BOE, núm. 190, de 10 de agosto de 1989).
STC 107/1984 Sala Segunda. Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (BOE, núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).
STC 115/1987 Pleno. Sentencia 115/1987, de 7 de julio de 1987 (BOE, núm. 180, de 29 de julio de 1987).
STC 140/1986 Pleno. Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre de 1986 (BOE, núm. 295, de 10 de diciembre de 1986).
STC 15/1986 Sala Primera. Sentencia 15/1986, de 31 de enero de 1986 (BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 1986).
STC 160/1986 Pleno. Sentencia 160/1986, de 16 de diciembre de 1986 (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1986).

- STC 178/1985 Pleno. Sentencia 178/1985, de 19 de diciembre de 1985 (*BOE*, núm. 13, de 15 de enero de 1986).
- STC 341/1993 Pleno. Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993 (*BOE*, núm. 295, de 10 de diciembre de 1993).
- STC 224/1998 Sala Primera. Sentencia 224/1998, de 24 de noviembre de 1998 (*BOE*, núm. 312, de 30 de diciembre de 1998).
- STC 95/2012 Sala Segunda. Sentencia 95/2012, de 7 de mayo de 2012 (*BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 2012).
- STC 250/2006 Sala Primera. Sentencia 250/2006, de 24 de julio de 2006 (*BOE*, núm. 197, de 18 de agosto de 2006).
- STC 288/2000 Sala Segunda. Sentencia 288/2000, de 27 de noviembre de 2000 (*BOE*, núm. 4, de 4 de enero de 2001).
- STC 21/1997 Sala Segunda. Sentencia 21/1997, de 10 de febrero de 1997 (*BOE*, núm. 63, de 14 de marzo de 1997).
- STC 74/1987 Pleno. Sentencia 74/1987, de 25 de mayo de 1987 (*BOE*, núm. 137, de 9 de junio de 1987).
- STC 161/1997 Pleno. Sentencia 161/1987, de 27 de octubre de 1987 (*BOE*, núm. 271, de 12 de noviembre de 1987).
- STC 202/2000 Sala Segunda. Sentencia 202/2000, de 24 de julio de 2000 (*BOE*, núm. 203, de 24 de agosto de 2000).
- STC 196/1987 Pleno. Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre de 1987 (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1988).
- STC 47/1986 Sala Primera. Sentencia 47/1986, de 21 de abril de 1986 (*BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986).
- STC 98/1986 Sala Primera. Sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986 (*BOE*, núm. 175, de 23 de julio de 1986).
- STC 194/2001 Sala Segunda. Sentencia 194/2001, de 1 de octubre de 2001 (*BOE*, núm. 266, de 6 de noviembre de 2001).
- Auto del Tribunal Constitucional 316/1996 Sección Cuarta. Auto 316/1986, de 9 de abril de 1986
- STC 144/1990 Sala Primera. Sentencia 144/1990, de 26 de septiembre de 1990 (*BOE*, núm. 254, de 23 de octubre de 1990).
- STC 55/1996 Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo de 1996 (*BOE*, núm. 102, de 27 de abril de 1996).
- STC 232/1999 Sala Segunda. Sentencia 232/1999, de 13 de diciembre de 1999 (*BOE*, núm. 17, de 20 de enero de 2000).
- STC 42/2015 Sala Segunda. Sentencia 42/2015, de 2 de marzo de 2015 (*BOE*, núm. 85, de 9 de abril de 2015).

- STC 1/1995 Sala Primera. Sentencia 1/1995, de 10 de enero de 1995 (BOE, núm. 36, de 11 de febrero de 1995).
- STC 25/1995 Sala Primera. Sentencia 25/1995, de 6 de febrero de 1995 (BOE, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).
- STC 26/1995 Sala Primera. Sentencia 26/1995, de 6 de febrero de 1995 (BOE, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).
- STC 21/1996 Sala Segunda. Sentencia 21/1996, de 12 de febrero de 1996 (BOE, núm. 67, de 18 de marzo de 1996).
- STC 208/2000 Sala Segunda. Sentencia 208/2000, de 24 de julio de 2000 (BOE, núm. 203, de 24 de agosto de 2000).
- STC 287/2000 Sala Primera. Sentencia 287/2000, de 27 de noviembre de 2000 (BOE, núm. 4, de 4 de enero de 2001).
- STC 263/2000 Sala Primera. Sentencia 263/2000, de 30 de octubre de 2000 (BOE, núm. 288, de 1 de diciembre de 2000).
- STC 44/1991 Sala Segunda. Sentencia 44/1991, de 25 de febrero de 1991 (BOE, núm. 74, de 27 de marzo de 1991).
- STC 106/1992 Sala Primera. Sentencia 106/1992, de 1 de julio de 1992 (BOE, núm. 177, de 24 de julio de 1992).
- STC 25/1995 Sala Primera. Sentencia 25/1995, de 6 de febrero de 1995 (BOE, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).
- STC 62/1995 Sala Primera. Sentencia 62/1995, de 29 de marzo de 1995 (BOE, núm. 98, de 25 de abril de 1995).
- STC 37/1996 Sala Segunda. Sentencia 37/1996, de 11 de marzo de 1996 (BOE, núm. 97, de 17 de abril de 1996).
- STC 22/2004 Sala Primera. Sentencia 22/2004, de 23 de febrero de 2004 (BOE, núm. 74, de 26 de marzo de 2004).
- STC 66/2008 Sala Primera. Sentencia 66/2008, de 29 de mayo de 2008 (BOE, núm. 154, de 26 de junio de 2008).
- STC 47/2000 Pleno. Sentencia 47/2000, de 17 de febrero de 2000 (BOE, núm. 66, de 17 de marzo de 2000).
- STC 199/1987 Pleno. Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 1988).

Corte Suprema Americana

Caso Peyton vs. Rowe 391 US: 54 (1968).